

**IN THE MATTER OF Section 53 of the Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26;**

**AND IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning certain questions relating to the secession of Quebec from Canada, as set out in Order in Council P.C. 1996-1497, dated the 30th day of September, 1996**

**INDEXED AS: REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC**

File No.: 25506.

1998: February 16, 17, 18, 19; 1998: August 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

**REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL**

*Constitutional law — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Whether Supreme Court's reference jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.*

*Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Governor in Council referring to Supreme Court three questions relating to secession of Quebec from Canada — Whether questions submitted fall outside scope of reference provision of Supreme Court Act — Whether questions submitted justiciable — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.*

*Constitutional law — Secession of province — Unilateral secession — Whether Quebec can secede unilaterally from Canada under Constitution.*

*International law — Secession of province of Canadian federation — Right of self-determination — Effectivity principle — Whether international law gives Quebec right to secede unilaterally from Canada.*

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

**DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26;**

**ET DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996**

**RÉPERTORIÉ: RENOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC**

N° du greffe: 25506.

1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

**RENOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL**

*Droit constitutionnel — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.*

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Trois questions relatives à la sécession du Québec du Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême — Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? — Les questions sont-elles justiciables? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.*

*Droit constitutionnel — Sécession d'une province — Sécession unilatérale — Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?*

*Droit international — Sécession d'une province de la fédération canadienne — Droit à l'autodétermination — Principe de l'effectivité — Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?*

Le gouverneur en conseil a soumis à la Cour, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions suivantes:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Issues regarding the Court's reference jurisdiction were raised by the *amicus curiae*. He argued that s. 53 of the *Supreme Court Act* was unconstitutional; that, even if the Court's reference jurisdiction was constitutionally valid, the questions submitted were outside the scope of s. 53; and, finally, that these questions were not justiciable.

*Held:* Section 53 of the *Supreme Court Act* is constitutional and the Court should answer the reference questions.

(1) *Supreme Court's Reference Jurisdiction*

Section 101 of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament the authority to grant this Court the reference jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*. The words "general court of appeal" in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court's functions. While, in most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction. Even if there were any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal". A "general court of appeal" may also properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions. There is no con-

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

L'*amicus curiae* a soulevé des questions concernant la compétence de la Cour en matière de renvoi, plaidant que l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est inconstitutionnel; que, même si la compétence de la Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide, les questions soumises ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 53; et enfin que les questions ne sont pas justiciables.

*Arrêt:* L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est constitutionnel et la Cour doit répondre aux questions du renvoi.

(1) *La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi*

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Parlement le pouvoir de conférer à la Cour la compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Même si, dans la plupart des cas, la Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays, une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel. Même si la compétence de la Cour en matière de renvoi entraîne en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit devrait être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel». Une «cour générale d'appel» peut également exer-

stitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake an advisory role.

The reference questions are within the scope of s. 53 of the *Supreme Court Act*. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Questions 1 and 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are "important questions of law or fact concerning any matter" and thus come within s. 53(2). In answering Question 2, the Court is not exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The Court is providing an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation. Further, Question 2 is not beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law. More importantly, Question 2 does not ask an abstract question of "pure" international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the legislature or government of Quebec, institutions that exist as part of the Canadian legal order. International law must be addressed since it has been invoked as a consideration in the context of this Reference.

The reference questions are justiciable and should be answered. They do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions, as interpreted by the Court, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. Since the reference questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, the Court is in a position to answer them. The Court cannot exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis. The questions raise issues of fundamental public importance and they are not too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor has the Court been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Finally, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet "ripe" for decision.

cer à bon droit d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs. Rien dans la Constitution n'empêche la Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif.

Les questions du renvoi entrent dans le champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles* dont il est fait mention à l'al. 53(1)a). Les questions 1 et 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)d), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2). En répondant à la question 2, la Cour n'outrepasse pas sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La Cour donne au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, un avis consultatif sur des questions juridiques qui touchent l'avenir de la fédération canadienne. En outre, on ne peut pas dire que la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne. Plus important, la question 2 n'est pas une question abstraite de droit international «pur» mais vise à déterminer les droits et obligations juridiques de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font partie de l'ordre juridique canadien. Enfin il faut traiter du droit international puisqu'on a plaidé qu'il fallait le prendre en considération dans le contexte du renvoi.

Les questions du renvoi sont justiciables et doivent recevoir une réponse. Elles ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant l'interprétation de la Cour, les questions se limitent strictement au cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. Les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre. La Cour ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique. Les questions revêtent une importance fondamentale pour le public et ne sont pas trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. En dernier lieu, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées «mûres» pour une décision judiciaire.

*(2) Question 1*

The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event that a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

The Court in this Reference is required to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Arguments in support of the existence of such a right were primarily based on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values. Since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economic, social, political and cultural) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession of a province "under the Constitution" could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. A clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

*(2) Question 1*

La Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi demande à la Cour de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Les arguments à l'appui de l'existence d'un tel droit étaient fondés avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. La jurisprudence constitutionnelle montre que la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles. Depuis la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted: the continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government and Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities.

The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken “under the Constitution” and not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations identified by the Court are binding obligations under the Constitution. However, it will be for the political actors to determine what constitutes “a clear majority on a clear question” in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus: l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations dégagées par la Cour sont des obligations impératives en vertu de la Constitution. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs poli-

The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

### (3) *Question 2*

The Court was also required to consider whether a right to unilateral secession exists under international law. Some supporting an affirmative answer did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all “peoples”. Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the “people” issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of people at international law where “a people” is governed as part of a colonial empire; where “a people” is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where “a people” is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the “National Assembly, the legislature or the government of Quebec” do not enjoy a right at international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, the possibility of an unconstitutional declaration of secession lead-

tiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n’auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

### (3) *Question 2*

Il est également demandé à la Cour s’il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession unilatérale. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l’autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s’il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n’est pas nécessaire de trancher la question de l’existence d’un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu’un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l’autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d’«un peuple» gouverné en tant que partie d’un empire colonial, dans le cas d’«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l’exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d’«un peuple» empêché d’exercer utilement son droit à l’autodétermination à l’intérieur de l’État dont il fait partie. Dans d’autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l’État existant auquel ils appartiennent. L’État dont le gouvernement représente l’ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l’égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l’autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, «l’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec» ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Même s’il n’existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, cela n’écarte pas la possibilité d’une déclaration incons-

ing to a *de facto* secession is not ruled out. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Even if granted, such recognition would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

#### (4) Question 3

In view of the answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, aff'd [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R.

titionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

#### (4) Question 3

Compte tenu des réponses aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le contexte du renvoi.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1

455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49.

R.C.S. 319; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

### Statutes and Regulations Cited

Ala. Code 1975 § 12-2-10.  
*Bill of Rights of 1689* (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2, 3, 4, 7 to 14, 15, 25, 33.  
*Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, Arts. 1(2), 55.  
*Constitution Act, 1867*, preamble, ss. 91, 92(14), 96, 101.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 25, 35, 52(1), (2).  
*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Protocol No. 2, Europ. T.S. No. 5, p. 36.  
 Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, Art. 1.

### Lois et règlements cités

*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 4].  
 Ala. Code 1975 § 12-2-10.  
*Bill of Rights de 1689* (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2, 3, 4, 7 à 14, 15, 25, 33.  
*Charte des Nations Unis*, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 1(2), 55.  
 Constitution des États-Unis, art. III, § 2.  
*Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Protocole n° 2, S.T. Europ. n° 5, p. 37.  
 Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 91, 92(14), 96, 101.



*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, Art. 1.  
*Magna Carta* (1215).  
*Statute of the Inter-American Court of Human Rights* (1979), Art. 2.  
*Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 27].  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 3, 53(1)(a), (d), (2).  
*Treaty establishing the European Community*, Art. 228(6).  
*Union Act, 1840* (U.K.), 3-4 Vict., c. 35 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 4].  
 United States Constitution, art. III, § 2.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 25, 35, 52(1), (2).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 115], 53(1)a), d), (2).  
*Magna Carta* (1215).  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 1.  
*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 1.  
*Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 27].  
*Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme* (1979), art. 2.  
*Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6).

### Authors Cited

Canada. Legislature. *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.  
 Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.  
 Conference on Security and Co-operation in Europe. *Concluding Document of the Vienna Meeting 1986*, Vienna 1989. Ottawa: Department of External Affairs, 1989.  
 Conference on Security and Co-operation in Europe. *Final Act*, 14 I.L.M. 1292 (1975).  
 de Smith, S. A. "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.  
 Doehring, Karl. "Self-Determination". In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.  
 European Community. Declaration. *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, December 16, 1991, 31 I.L.M. 1486 (1992).  
 Favoreu, Louis. "American and European Models of Constitutional Justice". In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.  
 Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

### Doctrine citée

Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> parlement provincial du Canada. Québec: Hunter, Rose & Lemieux, 1865.  
 Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.  
 Communauté européenne. Déclaration. *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991, p. 127.  
 Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Acte final*, Helsinki 1975. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977.  
 Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Document de clôture de la réunion de Vienne 1986*, Vienne 1989. Ottawa: Ministère des Affaires extérieures, 1989.  
 de Smith, S. A. «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.  
 Doehring, Karl. «Self-Determination». In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.  
 Favoreu, Louis. «American and European Models of Constitutional Justice». In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.  
 Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155.

Pope, Joseph, ed. *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*. Toronto: Carswell, 1895.

United Nations. General Assembly. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.

United Nations. General Assembly. *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995.

United Nations. World Conference on Human Rights. *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 June 1993, chapter III.

Wade, H. W. R. "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] *Camb. L.J.* 172.

Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

REFERENCE by the Governor in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the secession of Quebec from Canada.

*L. Yves Fortier, Q.C., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, Q.C., and Mary Dawson, Q.C., for the Attorney General of Canada.*

*André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard and Martin St-Amant, for the amicus curiae.*

*Donna J. Miller, Q.C., and Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.*

*Graeme G. Mitchell and John D. Whyte, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.*

*Bernard W. Funston, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.*

MacLauchlan, H. Wade. «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

Nations Unies. Conférence mondiale sur les droits de l'homme. *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 juin 1993, chapitre III.

Wade, H. W. R. «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172.

Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

RENVOI par le Gouverneur en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la sécession du Québec du reste du Canada.

*L. Yves Fortier, c.r., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, c.r., et Mary Dawson, c.r., pour le procureur général du Canada.*

*André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard et Martin St-Amant, pour l'amicus curiae.*

*Donna J. Miller, c.r., et Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.*

*Graeme G. Mitchell et John D. Whyte, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.*

*Bernard W. Funston, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.*

*Stuart J. Whitley, Q.C., and Howard L. Kushner*, for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory.

*Agnès Laporte and Richard Gaudreau*, for the intervener Kitigan Zibi Anishinabeg.

*Claude-Armand Sheppard, Paul Joffe and Andrew Orkin*, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee).

*Peter W. Hutchins and Carol Hilling*, for the intervener the Makivik Corporation.

*Michael Sherry*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

*Raj Anand and M. Kate Stephenson*, for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council.

*Mary Eberts and Anne Bayefsky*, for the intervener the *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

*Guy Bertrand and Patrick Monahan*, for the intervener Guy Bertrand.

*Stephen A. Scott*, for the interveners Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway.

*Vincent Pouliot*, on his own behalf.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

### I. Introduction

This Reference requires us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. The observation we made more than a decade ago in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (*Manitoba Language Rights Reference*), at p. 728, applies with equal force here: as in that case, the present one “combines legal and constitutional questions of the utmost subtlety and complexity

*Stuart J. Whitley, c.r., et Howard L. Kushner*, pour l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon.

*Agnès Laporte et Richard Gaudreau*, pour l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg.

*Claude-Armand Sheppard, Paul Joffe et Andrew Orkin*, pour l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee).

*Peter W. Hutchins et Carol Hilling*, pour l'intervenante la Corporation Makivik.

*Michael Sherry*, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

*Raj Anand et M. Kate Stephenson*, pour l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités.

*Mary Eberts et Anne Bayefsky*, pour l'intervenant *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

*Guy Bertrand et Patrick Monahan*, pour l'intervenant Guy Bertrand.

*Stephen A. Scott*, pour les intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway.

*Vincent Pouliot*, en personne.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR —

### I. Introduction

Nous sommes appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. L'observation que nous avons faite, il y a plus de dix ans, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 728, s'applique tout autant au présent renvoi qui, lui aussi, «allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et

with political questions of great sensitivity”. In our view, it is not possible to answer the questions that have been put to us without a consideration of a number of underlying principles. An exploration of the meaning and nature of these underlying principles is not merely of academic interest. On the contrary, such an exploration is of immense practical utility. Only once those underlying principles have been examined and delineated may a considered response to the questions we are required to answer emerge.

complexes à des questions politiques très délicates». À notre avis, il n'est pas possible de répondre aux questions soumises sans d'abord examiner un certain nombre de principes sous-jacents. L'étude de la nature et du sens de ces principes ne revêt pas seulement un intérêt théorique, mais est, au contraire, d'une très grande utilité pratique. Ce n'est que lorsque ces principes sous-jacents auront été examinés et circonscrits que nous pourrions donner une réponse valable aux questions auxquelles nous devons répondre.

<sup>2</sup> The questions posed by the Governor in Council by way of Order in Council P.C. 1996-1497, dated September 30, 1996, read as follows:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Les questions posées par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, sont rédigées ainsi:

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

<sup>3</sup> Before turning to Question 1, as a preliminary matter, it is necessary to deal with the issues raised with regard to this Court's reference jurisdiction.

Avant d'aborder la question 1, il faut examiner les points soulevés relativement à la compétence de notre Cour en matière de renvoi.

## II. The Preliminary Objections to the Court's Reference Jurisdiction

## II. Objections préliminaires à la compétence de la Cour en matière de renvoi

<sup>4</sup> The *amicus curiae* argued that s. 101 of the *Constitution Act, 1867* does not give Parliament the authority to grant this Court the jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. Alternatively, it is submitted that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the scope of that section

L'*amicus curiae* soutient que l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne donne pas au Parlement le pouvoir de conférer à notre Cour la compétence prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Subsidiairement, il affirme que, même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour*

should be interpreted to exclude the kinds of questions the Governor in Council has submitted in this Reference. In particular, it is contended that this Court cannot answer Question 2, since it is a question of “pure” international law over which this Court has no jurisdiction. Finally, even if this Court’s reference jurisdiction is constitutionally valid, and even if the questions are within the purview of s. 53 of the *Supreme Court Act*, it is argued that the three questions referred to the Court are speculative, of a political nature, and, in any event, are not ripe for judicial decision, and therefore are not justiciable.

Notwithstanding certain formal objections by the Attorney General of Canada, it is our view that the *amicus curiae* was within his rights to make the preliminary objections, and that we should deal with them.

A. *The Constitutional Validity of Section 53 of the Supreme Court Act*

In *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, affirmed on appeal to the Privy Council, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*), the constitutionality of this Court’s special jurisdiction was twice upheld. The Court is asked to revisit these decisions. In light of the significant changes in the role of this Court since 1912, and the very important issues raised in this Reference, it is appropriate to reconsider briefly the constitutional validity of the Court’s reference jurisdiction.

Section 3 of the *Supreme Court Act* establishes this Court both as a “general court of appeal” for Canada and as an “additional court for the better administration of the laws of Canada”. These two roles reflect the two heads of power enumerated in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. However, the “laws of Canada” referred to in s. 101 consist only of federal law and statute: see *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2

*suprême*, le champ d’application de cet article devrait être interprété de manière à en exclure le genre de questions que le gouverneur en conseil a soumises dans le présent renvoi. De façon plus particulière, on prétend que notre Cour ne peut répondre à la question 2 puisqu’il s’agit d’une question de droit international «pur» sur laquelle la Cour n’a pas compétence. Enfin, même si la compétence de notre Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide et même si les questions soumises à la Cour relèvent du champ d’application de l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, on avance que ces questions sont conjecturales, qu’elles sont de nature politique et que, de toute façon, elles ne sont pas mûres pour décision judiciaire et ne sont donc pas justiciables.

Malgré quelques objections formelles soulevées par le procureur général du Canada, nous sommes d’avis que l’*amicus curiae* était en droit de présenter ces objections préliminaires et que nous devons y répondre.

A. *La validité constitutionnelle de l’art. 53 de la Loi sur la Cour suprême*

Dans l’arrêt *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, confirmé en appel par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*), la constitutionnalité de la juridiction spéciale de notre Cour a été confirmée à deux reprises. On nous demande de revoir ces décisions. Compte tenu des changements considérables apportés au rôle de la Cour depuis 1912 et des questions très importantes soulevées dans le présent renvoi, il convient de réexaminer brièvement la validité constitutionnelle de la compétence de la Cour en matière de renvoi.

L’article 3 de la *Loi sur la Cour suprême* établit notre Cour à la fois comme «cour générale d’appel pour l’ensemble du pays» et «tribunal additionnel propre à améliorer l’application du droit canadien». Ces deux rôles reflètent les deux pouvoirs énoncés à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l’expression «lois du Canada» à l’art. 101 ne vise que les lois et autres règles de droit fédérales: voir *Quebec North Shore Paper*

5

6

7

S.C.R. 1054, at pp. 1065-66. As a result, the phrase “additional courts” contained in s. 101 is an insufficient basis upon which to ground the special jurisdiction established in s. 53 of the *Supreme Court Act*, which clearly exceeds a consideration of federal law alone (see, e.g., s. 53(2)). Section 53 must therefore be taken as enacted pursuant to Parliament’s power to create a “general court of appeal” for Canada.

*Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, aux pp. 1065 et 1066. En conséquence, l’expression «tribunaux additionnels» figurant à l’art. 101 est une assise insuffisante pour fonder la juridiction spéciale établie à l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui déborde clairement l’examen du seul droit fédéral (voir, par exemple, le par. 53(2)). L’article 53 doit donc être considéré comme ayant été édicté en application du pouvoir du Parlement de créer une «cour générale d’appel» pour le Canada.

8 Section 53 of the *Supreme Court Act* is *intra vires* Parliament’s power under s. 101 if, in “pith and substance”, it is legislation in relation to the constitution or organization of a “general court of appeal”. Section 53 is defined by two leading characteristics — it establishes an original jurisdiction in this Court and imposes a duty on the Court to render advisory opinions. Section 53 is therefore constitutionally valid only if (1) a “general court of appeal” may properly exercise an original jurisdiction; and (2) a “general court of appeal” may properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions.

L’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est *intra vires* des pouvoirs dont dispose le Parlement en vertu de l’art. 101 si, de par son «caractère véritable», cette disposition législative concerne la création ou l’organisation d’une «cour générale d’appel». L’article 53 comporte deux volets principaux — il investit notre Cour d’une compétence de première instance et lui impose l’obligation de donner des avis consultatifs. L’article 53 ne peut donc être constitutionnellement valide que si (1) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer une compétence de première instance, et si (2) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer d’autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs.

(1) May a Court of Appeal Exercise an Original Jurisdiction?

(1) Une cour d’appel peut-elle exercer une compétence de première instance?

9 The words “general court of appeal” in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court’s functions. In most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, and, as such, is properly constituted as the “general court of appeal” for Canada. Moreover, it is clear that an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction.

Les mots «cour générale d’appel» à l’art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l’organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Dans la plupart des cas, notre Cour exerce le rôle de juridiction d’appel suprême et exclusive au pays et, en tant que telle, elle est à bon droit constituée «cour générale d’appel» pour le Canada. Par ailleurs, il est clair qu’une cour d’appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n’est pas incompatible avec sa compétence en appel.

10 The English Court of Appeal, the U.S. Supreme Court and certain courts of appeal in Canada exercise an original jurisdiction in addition to their appellate functions. See *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654 (H.L.), at p. 660; *Re Forest*

La Cour d’appel d’Angleterre, la Cour suprême des États-Unis et certaines cours d’appel canadiennes exercent une compétence de première instance en plus de leurs fonctions en matière d’appel. Voir *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C.

*and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (Man. C.A.), at p. 453; United States Constitution, art. III, § 2. Although these courts are not constituted under a head of power similar to s. 101, they certainly provide examples which suggest that there is nothing inherently self-contradictory about an appellate court exercising original jurisdiction on an exceptional basis.

It is also argued that this Court's original jurisdiction is unconstitutional because it conflicts with the original jurisdiction of the provincial superior courts and usurps the normal appellate process. However, Parliament's power to establish a general court of appeal pursuant to s. 101 is plenary, and takes priority over the province's power to control the administration of justice in s. 92(14). See *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (P.C.). Thus, even if it could be said that there is any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal" provided, as discussed below, advisory functions are not to be considered inconsistent with the functions of a general court of appeal.

(2) May a Court of Appeal Undertake Advisory Functions?

The *amicus curiae* submits that

[TRANSLATION] [e]ither this constitutional power [to give the highest court in the federation jurisdiction to give advisory opinions] is expressly provided for by the Constitution, as is the case in India (*Constitution of India*, art. 143), or it is not provided for therein and so it simply does not exist. This is what the Supreme Court of the United States has held. [Emphasis added.]

654 (H.L.), à la p. 660; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (C.A. Man.), à la p. 453; Constitution des États-Unis, art. III, § 2. Même si ces tribunaux ne sont pas constitués en vertu d'une disposition habilitante analogue à l'art. 101, ces exemples indiquent certainement qu'il n'y a rien d'intrinsèquement contradictoire au fait qu'une cour d'appel exerce, à titre exceptionnel, une compétence de première instance.

On plaide également que la compétence de première instance de notre Cour est inconstitutionnelle parce qu'elle entre en conflit avec la compétence correspondante des cours supérieures provinciales, et qu'elle court-circuite le processus d'appel normal. Toutefois, le Parlement a pleine compétence pour créer une cour générale d'appel en application de l'art. 101 et cette compétence a préséance sur le pouvoir conféré aux provinces en matière d'administration de la justice par le par. 92(14). Voir *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (C.P.). Par conséquent, même s'il était possible d'affirmer que la compétence de notre Cour en matière de renvoi entre en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit doit être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel», pourvu, comme nous l'examinerons ci-après, que des fonctions consultatives ne soient pas considérées incompatibles avec les fonctions d'une cour générale d'appel.

(2) Une cour d'appel peut-elle exercer des fonctions consultatives?

L'*amicus curiae* soutient

[o]u bien ce pouvoir constitutionnel [de doter le plus haut tribunal de la fédération de la compétence d'émettre des avis consultatifs] est expressément prévu par la Constitution, comme c'est le cas en Inde, (*Constitution de l'Inde*, art. 143), ou bien il n'y est pas prévu et alors il n'existe tout simplement pas. C'est ce qu'a reconnu pour elle la Cour suprême des États-Unis. [Nous soulignons.]

13 However, the U.S. Supreme Court did not conclude that it was unable to render advisory opinions because no such express power was included in the United States Constitution. Quite the contrary, it based this conclusion on the express limitation in art. III, § 2 restricting federal court jurisdiction to actual “cases” or “controversies”. See, e.g., *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911), at p. 362. This section reflects the strict separation of powers in the American federal constitutional arrangement. Where the “case or controversy” limitation is missing from their respective state constitutions, some American state courts do undertake advisory functions (e.g., in at least two states — Alabama and Delaware — advisory opinions are authorized, in certain circumstances, by statute: see Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

Cependant, la Cour suprême des États-Unis n’a pas conclu qu’elle n’était pas habilitée à donner des avis consultatifs pour le motif qu’aucun pouvoir exprès à cet effet n’était inscrit dans la Constitution américaine. Bien au contraire, elle a fondé cette conclusion sur la limite expresse prévue à l’art. III, § 2 de la Constitution américaine qui restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux «causes» («cases») ou «différends» («controversies») concrets. Voir, par exemple, *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911), à la p. 362. Cette section témoigne de la stricte séparation des pouvoirs dans le dispositif constitutionnel fédéral aux États-Unis. Dans les cas où la limite fondée sur les «causes ou différends» n’est pas présente dans la Constitution de leur État, certains tribunaux des États américains exercent effectivement des fonctions consultatives (par exemple, dans deux États au moins — l’Alabama et le Delaware — la loi autorise les tribunaux à donner, dans certaines circonstances, des avis consultatifs: voir Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

14 In addition, the judicial systems in several European countries (such as Germany, France, Italy, Spain, Portugal and Belgium) include courts dedicated to the review of constitutional claims; these tribunals do not require a concrete dispute involving individual rights to examine the constitutionality of a new law — an “abstract or objective question” is sufficient. See L. Favoreu, “American and European Models of Constitutional Justice”, in D. S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, at p. 113. The European Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the Inter-American Court of Human Rights also all enjoy explicit grants of jurisdiction to render advisory opinions. See *Treaty establishing the European Community*, Art. 228(6); Protocol No. 2 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Europ. T.S. No. 5, p. 36; *Statute of the Inter-American Court of Human Rights*, Art. 2. There is no plausible basis on which to conclude that a court is, by its nature, inherently precluded from undertaking

En outre, le système judiciaire de plusieurs pays européens (tels l’Allemagne, la France, l’Italie, l’Espagne, le Portugal et la Belgique) compte des tribunaux chargés de l’examen des affaires constitutionnelles. L’existence d’un différend concret mettant en jeu des droits individuels n’est pas nécessaire pour que ces tribunaux examinent la constitutionnalité d’une nouvelle règle de droit, une [TRADUCTION] «question abstraite ou objective» suffit. Voir L. Favoreu, «American and European Models of Constitutional Justice», dans D. S. Clark, éd., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, à la p. 113. La Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme ont toutes une compétence qui leur est expressément conférée pour donner des avis consultatifs. Voir *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6); Protocole n° 2 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*, S.T. Europ. n° 5, p. 37; *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l’Homme*, art. 2. Il n’existe aucun fondement plausible qui permette de conclure qu’une cour de



another legal function in tandem with its judicial duties.

Moreover, the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts, and may confer certain judicial functions on bodies that are not courts. The exception to this rule relates only to s. 96 courts. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, and such opinions are traditionally obtained by the executive from the law officers of the Crown, there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role. The legislative grant of reference jurisdiction found in s. 53 of the *Supreme Court Act* is therefore constitutionally valid.

#### B. *The Court's Jurisdiction Under Section 53*

Section 53 provides in its relevant parts as follows:

**53.** (1) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning

(a) the interpretation of the *Constitution Acts*;

. . . .

(d) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised.

(2) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning any matter, whether or not in the opinion of the Court *ejusdem generis* with the enumerations contained in subsection (1), with reference to which the Governor in Council sees fit to submit any such question.

(3) Any question concerning any of the matters mentioned in subsections (1) and (2), and referred to the

justice est, de par sa nature, intrinsèquement empêchée d'exercer une fonction juridique autre, en plus de ses fonctions judiciaires.

Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif. L'attribution législative de compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est donc constitutionnellement valide.

#### B. *La compétence de la Cour aux termes de l'art. 53*

Les passages pertinents de l'art. 53 disposent:

**53.** (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant:

a) l'interprétation des *Lois constitutionnelles*;

. . . .

d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

(2) Le gouverneur en conseil peut en outre, s'il l'estime indiqué, déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1).

(3) Les questions touchant les matières visées aux paragraphes (1) et (2) sont d'office réputées être impor-

15

16

Court by the Governor in Council, shall be conclusively deemed to be an important question.

tantes quand elles sont ainsi déferées à la Cour par le gouverneur en conseil.

17 It is argued that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the questions submitted by the Governor in Council fall outside the scope of that section.

On plaide que même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions soumises par le gouverneur en conseil n'entrent pas dans le champ d'application de cet article.

18 This submission cannot be accepted. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Question 1 and Question 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are clearly "important questions of law or fact concerning any matter" so that they must come within s. 53(2).

Cet argument ne peut être retenu. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles*, dont il est fait mention à l'al. 53(1)a). La question 1 et la question 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)d), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est clairement une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2).

19 However, the *amicus curiae* has also raised some specific concerns regarding this Court's jurisdiction to answer Question 2. The question, on its face, falls within the scope of s. 53, but the concern is a more general one with respect to the jurisdiction of this Court, as a domestic tribunal, to answer what is described as a question of "pure" international law.

Toutefois, l'*amicus curiae* a exprimé aussi certaines réserves spécifiques à l'égard du pouvoir de la Cour de répondre à la question 2. À première vue, la question 2 relève du champ d'application de l'art. 53, mais ses réserves sont plus générales et concernent le pouvoir de la Cour, en tant que tribunal interne, de répondre à ce qu'il décrit comme étant une question de droit international «pur».

20 The first contention is that in answering Question 2, the Court would be exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The simple answer to this submission is that this Court would not, in providing an advisory opinion in the context of a reference, be purporting to "act as" or substitute itself for an international tribunal. In accordance with well accepted principles of international law, this Court's answer to Question 2 would not purport to bind any other state or international tribunal that might subsequently consider a similar question. The Court nevertheless has jurisdiction to provide an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation.

Le premier argument est que, en répondant à la question 2, la Cour outrepasserait sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La réponse évidente à cet argument est que, en donnant un avis consultatif dans un renvoi, la Cour ne prétend pas «agir en tant que» tribunal international ni se substituer à un tel tribunal. Conformément aux principes bien établis du droit international, la réponse de la Cour à la question 2 n'est pas censée lier un autre État ou un tribunal international susceptible d'examiner ultérieurement une question analogue. La Cour a néanmoins compétence pour donner au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, des avis consultatifs sur des questions juridiques qui touchent ou concernent l'avenir de la fédération canadienne.

Second, there is a concern that Question 2 is beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law.

This concern is groundless. In a number of previous cases, it has been necessary for this Court to look to international law to determine the rights or obligations of some actor within the Canadian legal system. For example, in *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208, the Court was required to determine whether, taking into account the principles of international law with respect to diplomatic immunity, a municipal council had the power to levy rates on certain properties owned by foreign governments. In two subsequent references, this Court used international law to determine whether the federal government or a province possessed proprietary rights in certain portions of the territorial sea and continental shelf (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86).

More importantly, Question 2 of this Reference does not ask an abstract question of “pure” international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the National Assembly, legislature or government of Quebec, institutions that clearly exist as part of the Canadian legal order. As will be seen, the *amicus curiae* himself submitted that the success of any initiative on the part of Quebec to secede from the Canadian federation would be governed by international law. In these circumstances, a consideration of international law in the context of this Reference about the legal aspects of the unilateral secession of Quebec is not only permissible but unavoidable.

### C. *Justiciability*

It is submitted that even if the Court has jurisdiction over the questions referred, the questions

Deuxièmement, on se demande si la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne.

Ce doute est sans fondement. Dans le passé, la Cour a dû faire appel plusieurs fois au droit international pour déterminer les droits et les obligations d'un acteur donné au sein du système juridique canadien. Par exemple, dans *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208, la Cour devait décider si, compte tenu des principes du droit international en matière d'immunité diplomatique, un conseil municipal avait le pouvoir de percevoir des taxes sur certaines propriétés appartenant à des gouvernements étrangers. Dans deux renvois ultérieurs, la Cour a encore fait appel au droit international pour déterminer si le gouvernement fédéral ou une province possédait des droits de propriété à l'égard de certaines parties de la mer territoriale et du plateau continental (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86).

En outre, ce qui est plus important, la question 2 du renvoi n'est pas une question abstraite de droit international «pur». Elle vise à faire déterminer les droits et obligations juridiques de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font clairement partie de l'ordre juridique canadien. Comme nous le verrons, l'*amicus curiae* a lui-même plaidé que le succès de toute démarche du Québec en vue de faire sécession de la fédération canadienne serait déterminé par le droit international. Dans ces circonstances, la prise en considération du droit international dans le contexte du présent renvoi concernant les aspects juridiques de la sécession unilatérale du Québec est non seulement permise mais inévitable.

### C. *La justiciabilité*

On fait valoir que, même si la Cour a compétence sur les questions soumises, les questions

21

22

23

24

themselves are not justiciable. Three main arguments are raised in this regard:

- (1) the questions are not justiciable because they are too “theoretical” or speculative;
- (2) the questions are not justiciable because they are political in nature;
- (3) the questions are not yet ripe for judicial consideration.

25 In the context of a reference, the Court, rather than acting in its traditional adjudicative function, is acting in an advisory capacity. The very fact that the Court may be asked hypothetical questions in a reference, such as the constitutionality of proposed legislation, engages the Court in an exercise it would never entertain in the context of litigation. No matter how closely the procedure on a reference may mirror the litigation process, a reference does not engage the Court in a disposition of rights. For the same reason, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet “ripe” for decision.

26 Though a reference differs from the Court’s usual adjudicative function, the Court should not, even in the context of a reference, entertain questions that would be inappropriate to answer. However, given the very different nature of a reference, the question of the appropriateness of answering a question should not focus on whether the dispute is formally adversarial or whether it disposes of cognizable rights. Rather, it should consider whether the dispute is appropriately addressed by a court of law. As we stated in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 545:

While there may be many reasons why a question is non-justiciable, in this appeal the Attorney General of Canada submitted that to answer the questions would draw the Court into a political controversy and involve it in the legislative process. In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court’s primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government. . . . In considering its

elles-mêmes ne sont pas justiciables. Trois arguments principaux sont avancés à cet égard:

- (1) les questions ne sont pas justiciables parce que trop «théoriques» ou conjecturales;
- (2) les questions ne sont pas justiciables parce qu’elles sont de nature politique;
- (3) les questions ne sont pas encore mûres pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Dans le contexte d’un renvoi, la Cour n’exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d’être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d’un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d’un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez «mûres» pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Même si un renvoi diffère de sa fonction juridictionnelle habituelle, la Cour ne doit pas, même dans le contexte d’un renvoi, examiner des questions auxquelles il serait inapproprié de répondre. Cependant, vu la nature très différente d’un renvoi, pour décider de l’opportunité de répondre à une question, il ne faut pas s’attacher à la question de savoir si le différend a un caractère formellement contradictoire ou s’il vise à trancher des droits pouvant faire l’objet d’un recours judiciaire. Il faut plutôt se demander s’il s’agit d’un différend dont on peut à bon droit saisir une cour de justice. Comme nous l’avons affirmé dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 545:

Quoiqu’une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu’en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour

appropriate role the Court must determine whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch. [Emphasis added.]

Thus the circumstances in which the Court may decline to answer a reference question on the basis of “non-justiciability” include:

- (i) if to do so would take the Court beyond its own assessment of its proper role in the constitutional framework of our democratic form of government or
- (ii) if the Court could not give an answer that lies within its area of expertise: the interpretation of law.

As to the “proper role” of the Court, it is important to underline, contrary to the submission of the *amicus curiae*, that the questions posed in this Reference do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions posed by the Governor in Council, as we interpret them, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. The attempted analogy to the U.S. “political questions” doctrine therefore has no application. The legal framework having been clarified, it will be for the population of Quebec, acting through the political process, to decide whether or not to pursue secession. As will be seen, the legal framework involves the rights and obligations of Canadians who live outside the province of Quebec, as well as those who live within Quebec.

As to the “legal” nature of the questions posed, if the Court is of the opinion that it is being asked a question with a significant extralegal component, it may interpret the question so as to answer only its legal aspects; if this is not possible, the Court may decline to answer the question. In the present

doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. [...] En s’enquérant du rôle qu’elle doit jouer, la Cour doit décider si la question qu’on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l’intervention du pouvoir judiciaire. [Nous soulignons.]

Ainsi, la Cour peut refuser, pour cause de «non-justiciabilité», de répondre à une question soumise par renvoi dans les circonstances suivantes:

- (i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu’elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou
- (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d’expertise: l’interprétation du droit.

Pour ce qui est du «rôle légitime» de la Cour, il est important de souligner que, contrairement à la prétention de l’*amicus curiae*, les questions posées dans le renvoi ne demandent pas à la Cour d’usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant notre interprétation des questions posées par le gouverneur en conseil, celles-ci se limitent strictement à certains aspects du cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. L’analogie qu’on a tenté de faire avec la doctrine américaine des «questions politiques» ne s’applique donc pas. Le cadre juridique ayant été clarifié, il appartiendra à la population du Québec de décider, par le processus politique, de chercher ou non à réaliser la sécession. Comme nous le verrons, le cadre juridique concerne les droits et obligations tant des Canadiens qui vivent à l’extérieur de la province de Québec que de ceux qui vivent au Québec.

Pour ce qui est de la nature «juridique» des questions posées, si la Cour est d’avis qu’une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu’à ses aspects juridiques. Si cela n’est pas possible, la Cour peut

27

28

Reference the questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, and, so interpreted, the Court is in a position to answer them.

29 Finally, we turn to the proposition that even though the questions referred to us are justiciable in the “reference” sense, the Court must still determine whether it should exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis.

30 Generally, the instances in which the Court has exercised its discretion to refuse to answer a reference question that is otherwise justiciable can be broadly divided into two categories. First, where the question is too imprecise or ambiguous to permit a complete or accurate answer: see, e.g., *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), at para. 256. Second, where the parties have not provided sufficient information to allow the Court to provide a complete or accurate answer: see, e.g., *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (*Senate Reference*); *Provincial Judges Reference*, at para. 257.

31 There is no doubt that the questions posed in this Reference raise difficult issues and are susceptible to varying interpretations. However, rather than refusing to answer at all, the Court is guided by the approach advocated by the majority on the “conventions” issue in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (*Patriation Reference*), at pp. 875-76:

If the questions are thought to be ambiguous, this Court should not, in a constitutional reference, be in a

refuser de répondre à la question. Dans le présent renvoi, les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d’y répondre.

Enfin, il reste l’argument suivant lequel, même si les questions soumises sont justiciables en ce sens qu’elles peuvent faire l’objet d’un «renvoi», la Cour doit encore se demander si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d’y répondre pour des raisons d’ordre pragmatique.

De façon générale, on peut diviser en deux grandes catégories les cas où la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé de répondre à une question soumise par renvoi qui était par ailleurs justiciable. Premièrement, lorsque la question est trop imprécise ou ambiguë pour qu’il soit possible d’y apporter une réponse complète ou exacte: voir, par exemple, *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), au par. 256. Deuxièmement, lorsque les parties n’ont pas fourni suffisamment d’information pour permettre à la Cour de donner des réponses complètes ou exactes: voir, par exemple, *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (*Renvoi relatif au Sénat*); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 257.

Il ne fait aucun doute que les questions du renvoi soulèvent des points difficiles et sont susceptibles d’interprétations diverses. Toutefois, plutôt que de refuser complètement d’y répondre, la Cour est guidée par l’approche préconisée par la majorité à l’égard de la question touchant les «conventions» dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (*Renvoi relatif au rapatriement*), aux pp. 875 et 876:

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une

worse position than that of a witness in a trial and feel compelled simply to answer yes or no. Should it find that a question might be misleading, or should it simply avoid the risk of misunderstanding, the Court is free either to interpret the question . . . or it may qualify both the question and the answer. . . .

The Reference questions raise issues of fundamental public importance. It cannot be said that the questions are too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor can it be said that the Court has been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Thus, the Court is duty bound in the circumstances to provide its answers.

### III. Reference Questions

#### A. *Question 1*

Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

##### (1) Introduction

As we confirmed in *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806, “The *Constitution Act, 1982* is now in force. Its legality is neither challenged nor assailable.” The “Constitution of Canada” certainly includes the constitutional texts enumerated in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982*. Although these texts have a primary place in determining constitutional rules, they are not exhaustive. The Constitution also “embraces unwritten, as well as written rules”, as we recently observed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 92. Finally, as was said in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 874, the Constitution of Canada includes

the global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state.

situation pire que celle d’un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu’une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d’interpréter la question [. . .] ou de nuancer à la fois la question et la réponse . . .

Les questions du renvoi revêtent une importance fondamentale pour le public. On ne peut affirmer que les questions sont trop imprécises ou ambiguës pour qu’il soit possible d’y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n’a pas reçu suffisamment d’information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. Dans les circonstances, la Cour est donc tenue d’y répondre.

### III. Les questions du renvoi

#### A. *Question 1*

L’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

##### (1) Introduction

Comme nous l’avons confirmé dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806: «La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n’est ni contestée ni contestable.» La «Constitution du Canada» comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution «comprend des règles non écrites — et écrites —», comme nous l’avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend

le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l’exercice des pouvoirs constitutionnels dans l’ensemble et dans chaque partie de l’État canadien.

These supporting principles and rules, which include constitutional conventions and the workings of Parliament, are a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution. In order to endure over time, a constitution must contain a comprehensive set of rules and principles which are capable of providing an exhaustive legal framework for our system of government. Such principles and rules emerge from an understanding of the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning. In our view, there are four fundamental and organizing principles of the Constitution which are relevant to addressing the question before us (although this enumeration is by no means exhaustive): federalism; democracy; constitutionalism and the rule of law; and respect for minorities. The foundation and substance of these principles are addressed in the following paragraphs. We will then turn to their specific application to the first reference question before us.

(2) Historical Context: The Significance of Confederation

33 In our constitutional tradition, legality and legitimacy are linked. The precise nature of this link will be discussed below. However, at this stage, we wish to emphasize only that our constitutional history demonstrates that our governing institutions have adapted and changed to reflect changing social and political values. This has generally been accomplished by methods that have ensured continuity, stability and legal order.

34 Because this Reference deals with questions fundamental to the nature of Canada, it should not be surprising that it is necessary to review the context in which the Canadian union has evolved. To this end, we will briefly describe the legal evolution of the Constitution and the foundational principles governing constitutional amendments. Our purpose is not to be exhaustive, but to highlight the features most relevant in the context of this Reference.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. À notre avis, quatre principes constitutionnels fondamentaux sont pertinents pour répondre à la question posée (cette énumération n'étant pas exhaustive): le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Nous traitons du fondement et de la substance de ces principes dans les prochains paragraphes. Nous examinons ensuite leur application particulière à la première question du renvoi.

(2) Le contexte historique: l'importance de la Confédération

Dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. La nature précise de ce lien sera examinée plus loin. Toutefois, à ce stade-ci, nous tenons simplement à souligner que notre histoire constitutionnelle démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique.

Puisque le renvoi porte sur des questions fondamentales pour la nature du Canada, il n'est pas étonnant qu'il faille s'arrêter au contexte dans lequel l'union canadienne a évolué. À cette fin, nous décrirons brièvement l'évolution juridique de la Constitution et les principes fondamentaux qui régissent les modifications constitutionnelles. Notre but n'est pas d'en faire un examen exhaustif, mais simplement de souligner les caractéristiques les plus pertinentes dans le contexte du présent renvoi.



Confederation was an initiative of elected representatives of the people then living in the colonies scattered across part of what is now Canada. It was not initiated by Imperial *fiat*. In March 1864, a select committee of the Legislative Assembly of the Province of Canada, chaired by George Brown, began to explore prospects for constitutional reform. The committee's report, released in June 1864, recommended that a federal union encompassing Canada East and Canada West, and perhaps the other British North American colonies, be pursued. A group of Reformers from Canada West, led by Brown, joined with Étienne P. Taché and John A. Macdonald in a coalition government for the purpose of engaging in constitutional reform along the lines of the federal model proposed by the committee's report.

An opening to pursue federal union soon arose. The leaders of the maritime colonies had planned to meet at Charlottetown in the fall to discuss the perennial topic of maritime union. The Province of Canada secured invitations to send a Canadian delegation. On September 1, 1864, 23 delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, five from Prince Edward Island, and eight from the Province of Canada) met in Charlottetown. After five days of discussion, the delegates reached agreement on a plan for federal union.

The salient aspects of the agreement may be briefly outlined. There was to be a federal union featuring a bicameral central legislature. Representation in the Lower House was to be based on population, whereas in the Upper House it was to be based on regional equality, the regions comprising Canada East, Canada West and the Maritimes. The significance of the adoption of a federal form of government cannot be exaggerated. Without it, neither the agreement of the delegates from Canada East nor that of the delegates from the maritime colonies could have been obtained.

Several matters remained to be resolved, and so the Charlottetown delegates agreed to meet again at Quebec in October, and to invite Newfoundland

La Confédération résulte d'une initiative de représentants élus des habitants des diverses colonies établies sur une partie du territoire du Canada actuel. Elle ne résulte pas d'un *fiat* impérial. En mars 1864, un comité spécial de l'Assemblée législative de la province du Canada, présidé par George Brown, commence à examiner les possibilités de réforme constitutionnelle. Dans son rapport, déposé en juin 1864, le comité recommande l'établissement d'une union fédérale formée du Canada-Est, du Canada-Ouest et peut-être d'autres colonies britanniques en Amérique du Nord. Un groupe de réformistes du Canada-Ouest, dirigés par Brown, se joint à Étienne P. Taché et John A. Macdonald dans un gouvernement de coalition afin d'entreprendre une réforme constitutionnelle selon le modèle fédéral proposé dans le rapport du comité.

Une occasion se présente rapidement de donner suite au projet d'union fédérale. Les leaders des colonies des Maritimes projettent en effet de se rencontrer à Charlottetown à l'automne pour discuter à nouveau de l'union des Maritimes. La province du Canada obtient l'invitation d'une délégation canadienne. Le 1<sup>er</sup> septembre 1864, 23 délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, cinq de l'Île-du-Prince-Édouard et huit de la province du Canada) se réunissent à Charlottetown. Après cinq jours de discussion, les délégués s'entendent sur un projet d'union fédérale.

Les principaux aspects de l'accord comportent une union fédérale, dotée d'une législature centrale bicamérale; une représentation fondée, à la Chambre Basse, sur la population et, à la Chambre Haute, sur le principe de l'égalité des régions, soit le Canada-Est, le Canada-Ouest et les Maritimes. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'adoption d'une forme fédérale de gouvernement. Sans elle, ni l'accord des délégués du Canada-Est ni celui des colonies maritimes n'auraient pu être obtenus.

Comme il reste plusieurs questions à régler, les délégués de Charlottetown conviennent de se réunir de nouveau à Québec en octobre et d'inviter

35

36

37

38

to send a delegation to join them. The Quebec Conference began on October 10, 1864. Thirty-three delegates (two from Newfoundland, seven from New Brunswick, five from Nova Scotia, seven from Prince Edward Island, and twelve from the Province of Canada) met over a two and a half week period. Precise consideration of each aspect of the federal structure preoccupied the political agenda. The delegates approved 72 resolutions, addressing almost all of what subsequently made its way into the final text of the *Constitution Act, 1867*. These included guarantees to protect French language and culture, both directly (by making French an official language in Quebec and Canada as a whole) and indirectly (by allocating jurisdiction over education and “Property and Civil Rights in the Province” to the provinces). The protection of minorities was thus reaffirmed.

Terre-Neuve à y envoyer une délégation. La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. Trente-trois délégués (deux de Terre-Neuve, sept du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, sept de l’Île-du-Prince-Édouard et douze de la province du Canada) se réunissent pendant deux semaines et demie. L’examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l’ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l’ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l’éducation et sur «[l]a propriété et les droits civils dans la province»). La protection des minorités est ainsi réaffirmée.

<sup>39</sup> Legally, there remained only the requirement to have the Quebec Resolutions put into proper form and passed by the Imperial Parliament in London. However, politically, it was thought that more was required. Indeed, Resolution 70 provided that “The Sanction of the Imperial and Local Parliaments shall be sought for the Union of the Provinces, on the principles adopted by the Conference.” (Cited in J. Pope, ed., *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act (1895)*, at p. 52 (emphasis added).)

Légalement, il ne reste qu’à mettre les Résolutions de Québec sous une forme appropriée et à les faire adopter par le Parlement impérial à Londres. Politiquement, toutefois, on estime qu’il reste davantage à faire. De fait, la résolution 70 dit ceci: «L’on devra réclamer la sanction du parlement impérial et des parlements locaux, pour l’union des provinces, sur les principes adoptés par la convention.» (*Débats parlementaires sur la question de la Confédération (1865)*, à la p. 5 (nous soulignons).)

<sup>40</sup> Confirmation of the Quebec Resolutions was achieved more smoothly in central Canada than in the Maritimes. In February and March 1865, the Quebec Resolutions were the subject of almost six weeks of sustained debate in both houses of the Canadian legislature. The Canadian Legislative Assembly approved the Quebec Resolutions in March 1865 with the support of a majority of members from both Canada East and Canada West. The governments of both Prince Edward Island and Newfoundland chose, in accordance with popular sentiment in both colonies, not to accede to the Quebec Resolutions. In New Brunswick, a general election was required before Premier Tilley’s pro-Confederation party prevailed. In Nova Scotia,

La confirmation des Résolutions de Québec est obtenue plus facilement dans le Canada central que dans les Maritimes. En février et en mars 1865, les Résolutions de Québec sont débattues de façon soutenue pendant près de six semaines par les deux chambres de la législature canadienne. L’Assemblée législative canadienne approuve les Résolutions de Québec en mars 1865, avec l’appui d’une majorité de députés tant du Canada-Est que du Canada-Ouest. Le gouvernement de l’Île-du-Prince-Édouard et celui de Terre-Neuve choisissent, conformément au sentiment populaire dans ces colonies, de ne pas donner leur assentiment aux Résolutions de Québec. Au Nouveau-Brunswick, une élection générale doit être tenue avant

Premier Tupper ultimately obtained a resolution from the House of Assembly favouring Confederation.

Sixteen delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, and six from the Province of Canada) met in London in December 1866 to finalize the plan for Confederation. To this end, they agreed to some slight modifications and additions to the Quebec Resolutions. Minor changes were made to the distribution of powers, provision was made for the appointment of extra senators in the event of a deadlock between the House of Commons and the Senate, and certain religious minorities were given the right to appeal to the federal government where their denominational school rights were adversely affected by provincial legislation. The British North America Bill was drafted after the London Conference with the assistance of the Colonial Office, and was introduced into the House of Lords in February 1867. The Act passed third reading in the House of Commons on March 8, received royal assent on March 29, and was proclaimed on July 1, 1867. The Dominion of Canada thus became a reality.

There was an early attempt at secession. In the first Dominion election in September 1867, Premier Tupper's forces were decimated: members opposed to Confederation won 18 of Nova Scotia's 19 federal seats, and in the simultaneous provincial election, 36 of the 38 seats in the provincial legislature. Newly-elected Premier Joseph Howe led a delegation to the Imperial Parliament in London in an effort to undo the new constitutional arrangements, but it was too late. The Colonial Office rejected Premier Howe's plea to permit Nova Scotia to withdraw from Confederation. As the Colonial Secretary wrote in 1868:

que le parti pro-confédération du premier ministre Tilley l'emporte. En Nouvelle-Écosse, le premier ministre Tupper obtient finalement une résolution de la Chambre d'assemblée en faveur de la Confédération.

Seize délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse et six de la province du Canada) se rencontrent à Londres, en décembre 1866, pour finaliser le projet de Confédération. À cette fin, ils conviennent d'apporter de légers changements et ajouts aux Résolutions de Québec. Des modifications mineures sont faites au partage des pouvoirs, on pourvoit à la nomination de sénateurs supplémentaires en cas d'impasse entre la Chambre des communes et le Sénat, et on accorde à certaines minorités religieuses le droit de faire appel au gouvernement fédéral dans le cas où une loi provinciale porterait atteinte à leurs droits en matière d'écoles confessionnelles. Le projet d'Acte de l'Amérique du Nord britannique est rédigé après la Conférence de Londres, avec l'aide du ministère britannique des Affaires coloniales, et déposé à la Chambre des lords en février 1867. L'Acte, adopté en troisième lecture à la Chambre des communes le 8 mars 1867, reçoit la sanction royale le 29 mars et est proclamé le 1<sup>er</sup> juillet de la même année. Le Dominion du Canada est devenu une réalité.

Il y a très tôt une tentative de sécession. Le parti du premier ministre Tupper est décimé dans la première élection fédérale en septembre 1867. Les députés opposés à la Confédération remportent 18 des 19 sièges fédéraux de la Nouvelle-Écosse, et 36 des 38 sièges à la législature provinciale au cours des élections provinciales tenues au même moment. Le premier ministre nouvellement élu, Joseph Howe, se rend au parlement impérial à Londres, à la tête d'une délégation, dans le but de faire annuler les arrangements constitutionnels, mais il est trop tard. Le ministère des Affaires coloniales rejette la requête du premier ministre Howe demandant que la Nouvelle-Écosse soit autorisée à se retirer de la Confédération. Voici ce qu'écrit le secrétaire aux Affaires coloniales en 1868:

41

42

The neighbouring province of New Brunswick has entered into the union in reliance on having with it the sister province of Nova Scotia; and vast obligations, political and commercial, have already been contracted on the faith of a measure so long discussed and so solemnly adopted. . . . I trust that the Assembly and the people of Nova Scotia will not be surprised that the Queen's government feel that they would not be warranted in advising the reversal of a great measure of state, attended by so many extensive consequences already in operation. . . .

(Quoted in H. Wade MacLauchlan, "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155, at p. 168.)

The interdependence characterized by "vast obligations, political and commercial", referred to by the Colonial Secretary in 1868, has, of course, multiplied immeasurably in the last 130 years.

43

Federalism was a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation and continue to exist today. At Confederation, political leaders told their respective communities that the Canadian union would be able to reconcile diversity with unity. It is pertinent, in the context of the present Reference, to mention the words of George-Étienne Cartier (cited in the *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation* (1865), at p. 60):

Now, when we [are] united together, if union [is] attained, we [shall] form a political nationality with which neither the national origin, nor the religion of any individual, [will] interfere. It was lamented by some that we had this diversity of races, and hopes were expressed that this distinctive feature would cease. The idea of unity of races [is] utopian — it [is] impossible. Distinctions of this kind [will] always exist. Dissimilarity, in fact, appear[s] to be the order of the physical world and of the moral world, as well as in the political world. But with regard to the objection based on this fact, to the effect that a great nation [can]not be formed because Lower Canada [is] in great part French and Catholic, and Upper Canada [is] British and Protestant, and the Lower Provinces [are] mixed, it [is] futile and worthless in the extreme. . . . In our own Federation we [will] have

[TRADUCTION] La province voisine, le Nouveau-Brunswick, est entrée dans l'union en comptant sur la participation de la province-sœur, la Nouvelle-Écosse; de plus, de vastes obligations, politiques et commerciales, ont déjà été contractées sur la foi d'une mesure longuement négociée et adoptée solennellement. [. . .] Je suis confiant que l'Assemblée et les habitants de la Nouvelle-Écosse ne seront pas surpris du fait que le gouvernement de Sa Majesté estime qu'il ne serait pas justifié de conseiller l'annulation d'une grande mesure étatique, qui a tant de conséquences considérables produisant déjà leurs effets. . . .

(Propos cités dans H. Wade MacLauchlan, «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155, à la p. 168.)

L'interdépendance caractérisée par de «vastes obligations politiques et commerciales», dont fait mention le secrétaire aux Affaires Coloniales en 1868, s'est évidemment accrue de façon incommensurable au cours des 130 dernières années.

Le fédéralisme était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui. À l'époque de la Confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité. Il est pertinent, dans le contexte du présent renvoi, de faire état des propos de George-Étienne Cartier (cités dans les *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, *op. cit.*, à la p. 59):

Lorsque nous serons unis, si toutefois nous le devenons, nous formerons une nationalité politique indépendante de l'origine nationale, ou de la religion d'aucun individu. Il en est qui ont regretté qu'il y eut diversité de races et qui ont exprimé l'espoir que ce caractère distinctif disparaîtrait. L'idée de l'unité des races est une utopie; c'est une impossibilité. Une distinction de cette nature existera toujours, de même que la dissemblance paraît être dans l'ordre du monde physique, moral et politique. Quant à l'objection basée sur ce fait, qu'une grande nation ne peut pas être formée parce que le Bas-Canada est en grande partie français et catholique et que le Haut-Canada est anglais et protestant, et que les provinces inférieures sont mixtes, elle constitue, à mon avis, un raisonnement futile à l'extrême. [. . .] Dans notre propre fédération, nous aurons des catholiques et

Catholic and Protestant, English, French, Irish and Scotch, and each by his efforts and his success [will] increase the prosperity and glory of the new Confederacy. . . . [W]e [are] of different races, not for the purpose of warring against each other, but in order to compete and emulate for the general welfare.

The federal-provincial division of powers was a legal recognition of the diversity that existed among the initial members of Confederation, and manifested a concern to accommodate that diversity within a single nation by granting significant powers to provincial governments. The *Constitution Act, 1867* was an act of nation-building. It was the first step in the transition from colonies separately dependent on the Imperial Parliament for their governance to a unified and independent political state in which different peoples could resolve their disagreements and work together toward common goals and a common interest. Federalism was the political mechanism by which diversity could be reconciled with unity.

A federal-provincial division of powers necessitated a written constitution which circumscribed the powers of the new Dominion and Provinces of Canada. Despite its federal structure, the new Dominion was to have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom” (*Constitution Act, 1867*, preamble). Allowing for the obvious differences between the governance of Canada and the United Kingdom, it was nevertheless thought important to thus emphasize the continuity of constitutional principles, including democratic institutions and the rule of law; and the continuity of the exercise of sovereign power transferred from Westminster to the federal and provincial capitals of Canada.

After 1867, the Canadian federation continued to evolve both territorially and politically. New territories were admitted to the union and new provinces were formed. In 1870, Rupert’s Land and the Northwest Territories were admitted and Manitoba was formed as a province. British Columbia was admitted in 1871, Prince Edward Island in 1873,

des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais, et chacun, par ses efforts et ses succès, ajoutera à la prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération. Nous sommes de races différentes, non pas pour nous faire la guerre, mais afin de travailler conjointement à notre propre bien-être.

Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d’une seule et même nation en accordant d’importants pouvoirs aux gouvernements provinciaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* était un acte d’édification d’une nation. Elle était la première étape de la transformation de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un État politique unifié et indépendant où des peuples différents pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d’objectifs communs. Le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité.

Le partage des pouvoirs au sein de la fédération nécessitait une constitution écrite délimitant les pouvoirs du nouveau Dominion et des provinces du Canada. Malgré sa structure fédérale, le nouveau Dominion allait être doté d’«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» (*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule). Malgré les différences évidentes dans les structures gouvernementales du Canada et du Royaume Uni, on estimait important néanmoins de souligner la continuité des principes constitutionnels, notamment les institutions démocratiques et la primauté du droit, ainsi que la continuité de l’exercice du pouvoir souverain transféré de Westminster aux capitales fédérale et provinciales du Canada.

Après 1867, la fédération canadienne continue à évoluer tant sur le plan territorial que sur le plan politique. De nouveaux territoires sont admis dans l’union et de nouvelles provinces sont formées. En 1870, la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest sont admis et le Manitoba est constitué en province. La Colombie-Britannique est admise en

44

45

and the Arctic Islands were added in 1880. In 1898, the Yukon Territory and in 1905, the provinces of Alberta and Saskatchewan were formed from the Northwest Territories. Newfoundland was admitted in 1949 by an amendment to the *Constitution Act, 1867*. The new territory of Nunavut was carved out of the Northwest Territories in 1993 with the partition to become effective in April 1999.

1871 et l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, et les îles de l'Arctique sont ajoutées en 1880. Le territoire du Yukon, en 1898, et les provinces d'Alberta et de la Saskatchewan, en 1905, sont taillés à même les Territoires du Nord-Ouest. Terre-Neuve est admise en 1949 par modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le nouveau territoire du Nunavut est découpé dans les Territoires du Nord-Ouest en 1993, cette partition prenant effet à compter d'avril 1999.

46 Canada's evolution from colony to fully independent state was gradual. The Imperial Parliament's passage of the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4, confirmed in law what had earlier been confirmed in fact by the Balfour Declaration of 1926, namely, that Canada was an independent country. Thereafter, Canadian law alone governed in Canada, except where Canada expressly consented to the continued application of Imperial legislation. Canada's independence from Britain was achieved through legal and political evolution with an adherence to the rule of law and stability. The proclamation of the *Constitution Act, 1982* removed the last vestige of British authority over the Canadian Constitution and re-affirmed Canada's commitment to the protection of its minority, aboriginal, equality, legal and language rights, and fundamental freedoms as set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

L'évolution du Canada du statut de colonie à celui d'État indépendant a été graduelle. L'adoption par le parlement impérial du *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4, a confirmé en droit ce qui avait été confirmé plus tôt dans les faits par la Déclaration Balfour de 1926, savoir que le Canada était un pays indépendant. Par la suite, seul le droit canadien devait s'appliquer au Canada, à moins que le Canada ne consente expressément au maintien de l'application d'une loi impériale. Le Canada a réalisé son indépendance de la Grande-Bretagne au moyen d'une évolution politique et juridique marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit et de la stabilité. La proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982* a éliminé les derniers vestiges de l'autorité britannique sur la Constitution canadienne et réaffirmé l'engagement du Canada envers la protection des droits des minorités et des autochtones, du droit à l'égalité, des droits linguistiques, des garanties juridiques et des libertés fondamentales énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

47 Legal continuity, which requires an orderly transfer of authority, necessitated that the 1982 amendments be made by the Westminster Parliament, but the legitimacy as distinguished from the formal legality of the amendments derived from political decisions taken in Canada within a legal framework which this Court, in the *Patriation Reference*, had ruled was in accordance with our Constitution. It should be noted, parenthetically, that the 1982 amendments did not alter the basic division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, which is the primary textual expression of the principle of federalism in our Constitution,

Pour assurer la continuité juridique, qui requiert un transfert ordonné des pouvoirs, les modifications de 1982 devaient être apportées par le Parlement de Westminster. Toutefois, la légitimité de ces modifications, par opposition à leur légalité formelle, découlait de décisions politiques prises au Canada, dans un cadre juridique que notre Cour avait déclaré conforme à la Constitution canadienne dans le *Renvoi relatif au rapatriement*. Entre parenthèses, il faut signaler que les modifications de 1982 n'ont pas touché au partage des pouvoirs établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue la principale

agreed upon at Confederation. It did, however, have the important effect that, despite the refusal of the government of Quebec to join in its adoption, Quebec has become bound to the terms of a Constitution that is different from that which prevailed previously, particularly as regards provisions governing its amendment, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As to the latter, to the extent that the scope of legislative powers was thereafter to be constrained by the *Charter*, the constraint operated as much against federal legislative powers as against provincial legislative powers. Moreover, it is to be remembered that s. 33, the “notwithstanding clause”, gives Parliament and the provincial legislatures authority to legislate on matters within their jurisdiction in derogation of the fundamental freedoms (s. 2), legal rights (ss. 7 to 14) and equality rights (s. 15) provisions of the *Charter*.

We think it apparent from even this brief historical review that the evolution of our constitutional arrangements has been characterized by adherence to the rule of law, respect for democratic institutions, the accommodation of minorities, insistence that governments adhere to constitutional conduct and a desire for continuity and stability. We now turn to a discussion of the general constitutional principles that bear on the present Reference.

### (3) Analysis of the Constitutional Principles

#### (a) *Nature of the Principles*

What are those underlying principles? Our Constitution is primarily a written one, the product of 131 years of evolution. Behind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles. These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based. The following discussion addresses the

expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération. Toutefois, elles ont eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d’une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quant à cette dernière, dans la mesure où la portée des pouvoirs législatifs est limitée depuis par la *Charte*, cette limitation s’applique autant aux pouvoirs législatifs fédéraux qu’aux pouvoirs législatifs provinciaux. Qui plus est, il faut rappeler que l’art. 33, la «clause de dérogation», donne au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir d’adopter, dans les domaines relevant de leurs compétences respectives, des lois dérogeant aux dispositions de la *Charte* qui concernent les libertés fondamentales (art. 2), les garanties juridiques (art. 7 à 14) et les droits à l’égalité (art. 15).

Nous estimons qu’il ressort de façon évidente, même d’un aussi bref rappel historique, que l’évolution de nos arrangements constitutionnels a été marquée par l’adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l’insistance sur le maintien par les gouvernements d’une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité. Nous passons maintenant à l’analyse des grands principes constitutionnels qui ont une incidence dans le présent renvoi.

### (3) L’analyse des principes constitutionnels

#### a) *La nature des principes*

Quels sont ces principes fondamentaux? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d’évolution. Derrière l’écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées. L’analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels

four foundational constitutional principles that are most germane for resolution of this Reference: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minority rights. These defining principles function in symbiosis. No single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle trump or exclude the operation of any other.

50 Our Constitution has an internal architecture, or what the majority of this Court in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57, called a “basic constitutional structure”. The individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole. As we recently emphasized in the *Provincial Judges Reference*, certain underlying principles infuse our Constitution and breathe life into it. Speaking of the rule of law principle in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 750, we held that “the principle is clearly implicit in the very nature of a Constitution”. The same may be said of the other three constitutional principles we underscore today.

51 Although these underlying principles are not explicitly made part of the Constitution by any written provision, other than in some respects by the oblique reference in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, it would be impossible to conceive of our constitutional structure without them. The principles dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such its lifeblood.

52 The principles assist in the interpretation of the text and the delineation of spheres of jurisdiction, the scope of rights and obligations, and the role of our political institutions. Equally important, observance of and respect for these principles is essential to the ongoing process of constitutional development and evolution of our Constitution as a “living tree”, to invoke the famous description in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136. As this Court indicated in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, Canadians have long recognized the

fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l’application d’aucun autre.

Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une «structure constitutionnelle fondamentale». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l’ensemble de sa structure. Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de la primauté du droit que ce «principe est nettement implicite de par la nature même d’une constitution». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici.

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d’une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l’architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

Ces principes guident l’interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d’évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] «arbre vivant» selon la célèbre description de l’arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens



existence and importance of unwritten constitutional principles in our system of government.

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles (the majority opinion referred to them as “organizing principles” and described one of them, judicial independence, as an “unwritten norm”) could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review. However, we also observed in the *Provincial Judges Reference* that the effect of the preamble to the *Constitution Act, 1867* was to incorporate certain constitutional principles by reference, a point made earlier in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63. In the *Provincial Judges Reference*, at para. 104, we determined that the preamble “invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text”.

Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have “full legal force”, as we described it in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 845), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments. “In other words”, as this Court confirmed in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 752,

reconnaissent depuis longtemps l’existence et l’importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement.

Étant donné l’existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l’opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l’un d’eux, l’indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n’est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu’il existe des raisons impératives d’insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d’incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel».

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l’action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d’une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. «En d’autres termes», comme l’affirme notre Cour

53

54

“in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada”. It is to a discussion of those underlying constitutional principles that we now turn.

(b) *Federalism*

55 It is undisputed that Canada is a federal state. Yet many commentators have observed that, according to the precise terms of the *Constitution Act, 1867*, the federal system was only partial. See, e.g., K. C. Wheare, *Federal Government* (4th ed. 1963), at pp. 18-20. This was so because, on paper, the federal government retained sweeping powers which threatened to undermine the autonomy of the provinces. Here again, however, a review of the written provisions of the Constitution does not provide the entire picture. Our political and constitutional practice has adhered to an underlying principle of federalism, and has interpreted the written provisions of the Constitution in this light. For example, although the federal power of disallowance was included in the *Constitution Act, 1867*, the underlying principle of federalism triumphed early. Many constitutional scholars contend that the federal power of disallowance has been abandoned (e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 120).

56 In a federal system of government such as ours, political power is shared by two orders of government: the federal government on the one hand, and the provinces on the other. Each is assigned respective spheres of jurisdiction by the *Constitution Act, 1867*. See, e.g., *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (P.C.), at pp. 441-42. It is up to the courts “to control the limits of the respective sovereignties”: *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741. In interpreting our Constitution, the courts have always been concerned with the federalism principle, inherent in the structure of our constitutional

dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, «dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada» (p. 752). Ce sont ces principes constitutionnels sous-jacents que nous allons analyser maintenant.

b) *Le fédéralisme*

On ne conteste pas que le Canada est un État fédéral. Pourtant plusieurs auteurs ont noté que les termes précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'en font qu'un État partiellement fédéral. Voir, par exemple, K. C. Wheare, *Federal Government* (4<sup>e</sup> éd. 1963), aux pp. 18 à 20. Cela tenait à ce que, selon les textes, le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces. Ici encore, cependant, un examen du texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète. Nos usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe sous-jacent du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe. Par exemple, bien que le pouvoir fédéral de désaveu ait été inclus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe sous-jacent du fédéralisme a triomphé très rapidement. De nombreux auteurs estiment que le pouvoir fédéral de désaveu a été abandonné (par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4<sup>e</sup> éd. 1997), à la p. 120).

Dans un système fédéral de gouvernement comme le nôtre, le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement: le gouvernement fédéral, d'une part, et les provinces, de l'autre. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué à chacun d'eux sa propre sphère de compétence. Voir, par exemple, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.), aux pp. 441 et 442. Il appartient aux tribunaux de «contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements», *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, à la p. 741. Dans leur interprétation de notre Constitution, les tribu-

arrangements, which has from the beginning been the lodestar by which the courts have been guided.

This underlying principle of federalism, then, has exercised a role of considerable importance in the interpretation of the written provisions of our Constitution. In the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 905-9, we confirmed that the principle of federalism runs through the political and legal systems of Canada. Indeed, Martland and Ritchie JJ., dissenting in the *Patriation Reference*, at p. 821, considered federalism to be “the dominant principle of Canadian constitutional law”. With the enactment of the *Charter*, that proposition may have less force than it once did, but there can be little doubt that the principle of federalism remains a central organizational theme of our Constitution. Less obviously, perhaps, but certainly of equal importance, federalism is a political and legal response to underlying social and political realities.

The principle of federalism recognizes the diversity of the component parts of Confederation, and the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction. The federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity. The scheme of the *Constitution Act, 1867*, it was said in *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942, was

not to weld the Provinces into one, nor to subordinate Provincial Governments to a central authority, but to establish a central government in which these Provinces should be represented, entrusted with exclusive authority only in affairs in which they had a common interest. Subject to this each Province was to retain its independence and autonomy and to be directly under the Crown as its head.

naux ont toujours tenu compte du principe du fédéralisme inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés depuis le tout début.

Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d'une importance considérable dans l'interprétation du texte de la Constitution. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, aux pp. 905 à 909, nous avons confirmé que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada. Ainsi, les juges Martland et Ritchie, dissidents dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, à la p. 821, ont considéré que le fédéralisme était «le principe dominant du droit constitutionnel canadien». Il se peut que, depuis l'adoption de la *Charte*, cette affirmation ait moins de force qu'elle n'en avait auparavant, mais il n'y a guère de doute que le principe du fédéralisme demeure un thème central dans la structure de notre Constitution. De façon tout aussi importante, quoique moins évidente peut-être, le fédéralisme est une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique.

Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. Selon l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), à la p. 942, le but de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. Sous cette réserve, chaque province devait garder son indépendance et son autonomie, assujettie directement à la Couronne.

57

58

More recently, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1047, the majority of this Court held that differences between provinces “are a rational part of the political reality in the federal process”. It was referring to the differential application of federal law in individual provinces, but the point applies more generally. A unanimous Court expressed similar views in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at pp. 287-88.

Plus récemment dans notre arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1047, les juges de la majorité ont déclaré que les différences existant entre les provinces «font rationnellement partie de la réalité politique d’un régime fédéral». Cette remarque, qui visait l’application différente du droit fédéral aux diverses provinces, a néanmoins une portée plus générale. La Cour a unanimement exprimé un point de vue semblable dans *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, aux pp. 287 et 288.

<sup>59</sup> The principle of federalism facilitates the pursuit of collective goals by cultural and linguistic minorities which form the majority within a particular province. This is the case in Quebec, where the majority of the population is French-speaking, and which possesses a distinct culture. This is not merely the result of chance. The social and demographic reality of Quebec explains the existence of the province of Quebec as a political unit and indeed, was one of the essential reasons for establishing a federal structure for the Canadian union in 1867. The experience of both Canada East and Canada West under the *Union Act, 1840* (U.K.), 3-4 Vict., c. 35, had not been satisfactory. The federal structure adopted at Confederation enabled French-speaking Canadians to form a numerical majority in the province of Quebec, and so exercise the considerable provincial powers conferred by the *Constitution Act, 1867* in such a way as to promote their language and culture. It also made provision for certain guaranteed representation within the federal Parliament itself.

Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d’objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C’est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n’est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d’une structure fédérale pour l’union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l’expérience de l’*Acte d’Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l’époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d’exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même.

<sup>60</sup> Federalism was also welcomed by Nova Scotia and New Brunswick, both of which also affirmed their will to protect their individual cultures and their autonomy over local matters. All new provinces joining the federation sought to achieve similar objectives, which are no less vigorously pursued by the provinces and territories as we approach the new millennium.

La Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, qui avaient aussi affirmé leur volonté de préserver leur culture propre et leur autonomie en matière locale, ont bien accueilli également le fédéralisme. Toutes les provinces qui se sont jointes depuis à la fédération cherchaient à atteindre des objectifs similaires qui sont poursuivis non moins vigoureusement par les provinces et les territoires à l’approche du nouveau millénaire.

(c) *Democracy*

c) *La démocratie*

<sup>61</sup> Democracy is a fundamental value in our constitutional law and political culture. While it has

La démocratie est une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique. Quoiqu’il ait à

both an institutional and an individual aspect, the democratic principle was also argued before us in the sense of the supremacy of the sovereign will of a people, in this case potentially to be expressed by Quebecers in support of unilateral secession. It is useful to explore in a summary way these different aspects of the democratic principle.

The principle of democracy has always informed the design of our constitutional structure, and continues to act as an essential interpretive consideration to this day. A majority of this Court in *OPSEU v. Ontario*, *supra*, at p. 57, confirmed that “the basic structure of our Constitution, as established by the *Constitution Act, 1867*, contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels”. As is apparent from an earlier line of decisions emanating from this Court, including *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, and *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, the democracy principle can best be understood as a sort of baseline against which the framers of our Constitution, and subsequently, our elected representatives under it, have always operated. It is perhaps for this reason that the principle was not explicitly identified in the text of the *Constitution Act, 1867* itself. To have done so might have appeared redundant, even silly, to the framers. As explained in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 100, it is evident that our Constitution contemplates that Canada shall be a constitutional democracy. Yet this merely demonstrates the importance of underlying constitutional principles that are nowhere explicitly described in our constitutional texts. The representative and democratic nature of our political institutions was simply assumed.

Democracy is commonly understood as being a political system of majority rule. It is essential to be clear what this means. The evolution of our democratic tradition can be traced back to the

la fois un aspect institutionnel et un aspect individuel, le principe démocratique a été invoqué dans le présent renvoi au sens de suprématie de la volonté souveraine d’un peuple, potentiellement exprimée dans ce cas par les Québécois en faveur d’une sécession unilatérale. Il est utile d’étudier brièvement ces divers aspects du principe démocratique.

Le principe de la démocratie a toujours inspiré l’aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd’hui une considération interprétative essentielle. Dans notre arrêt *SEFPO c. Ontario*, précité, à la p. 57, les juges de la majorité ont confirmé que «la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l’existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial». Il ressort d’une série plus ancienne de décisions émanant de notre Cour, notamment *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, et *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, que, pour bien comprendre le principe de la démocratie, il faut l’envisager comme l’assise que les rédacteurs de notre Constitution et, après eux, nos représentants élus en vertu de celle-ci ont toujours prise comme allant de soi. C’est peut-être pour cette raison que ce principe n’est pas mentionné expressément dans le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela aurait sans doute paru inutile, voire même saugrenu, aux rédacteurs. Comme l’explique le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 100, il est évident que notre Constitution établit au Canada un régime de démocratie constitutionnelle. Cela démontre l’importance des principes constitutionnels sous-jacents qui ne sont décrits expressément nulle part dans nos textes constitutionnels. Le caractère représentatif et démocratique de nos institutions politiques était tout simplement tenu pour acquis.

Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité. Il est essentiel de bien comprendre ce que cela signifie. L’évolution de notre tradition démocra-

62

63

*Magna Carta* (1215) and before, through the long struggle for Parliamentary supremacy which culminated in the English *Bill of Rights* of 1689, the emergence of representative political institutions in the colonial era, the development of responsible government in the 19th century, and eventually, the achievement of Confederation itself in 1867. “[T]he Canadian tradition”, the majority of this Court held in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 186, is “one of evolutionary democracy moving in uneven steps toward the goal of universal suffrage and more effective representation”. Since Confederation, efforts to extend the franchise to those unjustly excluded from participation in our political system — such as women, minorities, and aboriginal peoples — have continued, with some success, to the present day.

tique remonte à la *Magna Carta* (1215) et même avant, à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le *Bill of Rights* anglais de 1689, puis l’émergence d’institutions politiques représentatives pendant la période coloniale, le développement de la responsabilité gouvernementale au XIX<sup>e</sup> siècle et, finalement, l’avènement de la Confédération elle-même en 1867. «[L]e modèle canadien», selon les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 186, est «une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l’objectif du suffrage universel et d’une représentation plus effective». Depuis la Confédération, les efforts pour étendre la participation dans notre système politique à ceux qui en étaient injustement privés — notamment les femmes, les minorités et les peuples autochtones — se poursuivent avec un certain succès jusqu’à ce jour.

64

Democracy is not simply concerned with the process of government. On the contrary, as suggested in *Switzman v. Elbling*, *supra*, at p. 306, democracy is fundamentally connected to substantive goals, most importantly, the promotion of self-government. Democracy accommodates cultural and group identities: *Reference re Provincial Electoral Boundaries*, at p. 188. Put another way, a sovereign people exercises its right to self-government through the democratic process. In considering the scope and purpose of the *Charter*, the Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, articulated some of the values inherent in the notion of democracy (at p. 136):

La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire, comme l’indique *Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l’autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives: *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, à la p. 188. Autrement dit, un peuple souverain exerce son droit à l’autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l’objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (à la p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

65

In institutional terms, democracy means that each of the provincial legislatures and the federal Parliament is elected by popular franchise. These

En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage

legislatures, we have said, are “at the core of the system of representative government”: *New Brunswick Broadcasting, supra*, at p. 387. In individual terms, the right to vote in elections to the House of Commons and the provincial legislatures, and to be candidates in those elections, is guaranteed to “Every citizen of Canada” by virtue of s. 3 of the *Charter*. Historically, this Court has interpreted democracy to mean the process of representative and responsible government and the right of citizens to participate in the political process as voters (*Reference re Provincial Electoral Boundaries, supra*) and as candidates (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876). In addition, the effect of s. 4 of the *Charter* is to oblige the House of Commons and the provincial legislatures to hold regular elections and to permit citizens to elect representatives to their political institutions. The democratic principle is affirmed with particular clarity in that s. 4 is not subject to the notwithstanding power contained in s. 33.

It is, of course, true that democracy expresses the sovereign will of the people. Yet this expression, too, must be taken in the context of the other institutional values we have identified as pertinent to this Reference. The relationship between democracy and federalism means, for example, that in Canada there may be different and equally legitimate majorities in different provinces and territories and at the federal level. No one majority is more or less “legitimate” than the others as an expression of democratic opinion, although, of course, the consequences will vary with the subject matter. A federal system of government enables different provinces to pursue policies responsive to the particular concerns and interests of people in that province. At the same time, Canada as a whole is also a democratic community in which citizens construct and achieve goals on a national scale through a federal government acting within the limits of its jurisdiction. The function of federalism is to enable citizens to participate concurrently in

populaire. Selon *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 387, ces assemblées législatives sont des «élément[s] essentiel[s] du système de gouvernement représentatif». Au niveau individuel, le droit de vote aux élections à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales, ainsi que le droit d’être candidat à ces élections, sont garantis à «[t]out citoyen canadien» en vertu de l’art. 3 de la *Charte*. La démocratie, dans la jurisprudence de notre Cour, signifie le mode de fonctionnement d’un gouvernement représentatif et responsable et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu’électeurs (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, précité), et en tant que candidats (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876). En outre, l’art. 4 de la *Charte* a pour effet d’obliger la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à tenir régulièrement des élections et de permettre aux citoyens d’élire des représentants aux diverses institutions politiques. Le principe démocratique est énoncé de façon particulièrement claire puisque l’art. 4 n’est pas sujet à l’exercice du pouvoir dérogatoire de l’art. 33.

Il est vrai, bien sûr, que la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple. Pourtant cette expression doit aussi être considérée dans le contexte des autres valeurs institutionnelles que nous estimons pertinentes dans ce renvoi. Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu’au niveau fédéral. Aucune majorité n’est plus, ou moins, «légitime» que les autres en tant qu’expression de l’opinion démocratique, quoique, bien sûr, ses conséquences varieront selon la question en jeu. Un système fédéral de gouvernement permet à différentes provinces de mettre en œuvre des politiques adaptées aux préoccupations et aux intérêts particuliers de leur population. En même temps, le Canada dans son ensemble est aussi une collectivité démocratique au sein de laquelle les citoyens poursuivent et réalisent des objectifs à l’échelle nationale, par l’intermédiaire d’un gouvernement fédéral agissant dans les

different collectivities and to pursue goals at both a provincial and a federal level.

limites de sa compétence. La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral.

67

The consent of the governed is a value that is basic to our understanding of a free and democratic society. Yet democracy in any real sense of the word cannot exist without the rule of law. It is the law that creates the framework within which the “sovereign will” is to be ascertained and implemented. To be accorded legitimacy, democratic institutions must rest, ultimately, on a legal foundation. That is, they must allow for the participation of, and accountability to, the people, through public institutions created under the Constitution. Equally, however, a system of government cannot survive through adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people. But there is more. Our law’s claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure. It would be a grave mistake to equate legitimacy with the “sovereign will” or majority rule alone, to the exclusion of other constitutional values.

L’assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d’une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C’est la loi qui crée le cadre dans lequel la «volonté souveraine» doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu’elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l’intermédiaire d’institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu’un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d’assimiler la légitimité à la seule «volonté souveraine» ou à la seule règle de la majorité, à l’exclusion d’autres valeurs constitutionnelles.

68

Finally, we highlight that a functioning democracy requires a continuous process of discussion. The Constitution mandates government by democratic legislatures, and an executive accountable to them, “resting ultimately on public opinion reached by discussion and the interplay of ideas” (*Saumur v. City of Quebec, supra*, at p. 330). At both the federal and provincial level, by its very nature, the need to build majorities necessitates compromise, negotiation, and deliberation. No one has a monopoly on truth, and our system is predicated on the faith that in the marketplace of ideas, the best solutions to public problems will rise to the top. Inevitably, there will be dissenting voices.

Enfin, nous devons souligner que le bon fonctionnement d’une démocratie exige un processus permanent de discussion. La Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, [TRADUCTION] «un gouvernement [qui] repose en définitive sur l’expression de l’opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées» (*Saumur c. City of Quebec, précité*, à la p. 330). Le besoin de constituer des majorités, tant au niveau fédéral qu’au niveau provincial, par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n’a le monopole de la vérité et notre système repose sur



A democratic system of government is committed to considering those dissenting voices, and seeking to acknowledge and address those voices in the laws by which all in the community must live.

The *Constitution Act, 1982* gives expression to this principle, by conferring a right to initiate constitutional change on each participant in Confederation. In our view, the existence of this right imposes a corresponding duty on the participants in Confederation to engage in constitutional discussions in order to acknowledge and address democratic expressions of a desire for change in other provinces. This duty is inherent in the democratic principle which is a fundamental predicate of our system of governance.

(d) *Constitutionalism and the Rule of Law*

The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of our system of government. The rule of law, as observed in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142, is “a fundamental postulate of our constitutional structure”. As we noted in the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 805-6, “[t]he ‘rule of law’ is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority”. At its most basic level, the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action.

In the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at pp. 747-52, this Court outlined the elements of the rule of law. We emphasized, first, that

la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

La *Loi constitutionnelle de 1982* exprime ce principe en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre. Cette obligation est inhérente au principe démocratique qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement.

d) *Le constitutionnalisme et la primauté du droit*

Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base de notre système de gouvernement. Comme l'indique l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 142, la primauté du droit (le principe de la légalité) est [TRADUCTION] «un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle». Nous avons noté, dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, aux pp. 805 et 806, que «[l]a règle de droit est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale». À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous

69

70

71

the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons. There is, in short, one law for all. Second, we explained, at p. 749, that “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”. It was this second aspect of the rule of law that was primarily at issue in the *Manitoba Language Rights Reference* itself. A third aspect of the rule of law is, as recently confirmed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 10, that “the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule”. Put another way, the relationship between the state and the individual must be regulated by law. Taken together, these three considerations make up a principle of profound constitutional and political significance.

avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que «la primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l’ordre normatif». C’est principalement ce deuxième aspect de la primauté du droit qui était en cause dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* lui-même. Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l’a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 10, tient à ce que «l’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit». En d’autres termes, les rapports entre l’État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d’une profonde importance constitutionnelle et politique.

72

The constitutionalism principle bears considerable similarity to the rule of law, although they are not identical. The essence of constitutionalism in Canada is embodied in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “[t]he Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” Simply put, the constitutionalism principle requires that all government action comply with the Constitution. The rule of law principle requires that all government action must comply with the law, including the Constitution. This Court has noted on several occasions that with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy. The Constitution binds all governments, both federal and provincial, including the executive branch (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455). They may not transgress its provisions: indeed, their sole claim to exercise lawful authority rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source.

Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L’essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d’autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l’adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l’exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l’autorité qu’ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d’autre source.

An understanding of the scope and importance of the principles of the rule of law and constitutionalism is aided by acknowledging explicitly why a constitution is entrenched beyond the reach of simple majority rule. There are three overlapping reasons.

First, a constitution may provide an added safeguard for fundamental human rights and individual freedoms which might otherwise be susceptible to government interference. Although democratic government is generally solicitous of those rights, there are occasions when the majority will be tempted to ignore fundamental rights in order to accomplish collective goals more easily or effectively. Constitutional entrenchment ensures that those rights will be given due regard and protection. Second, a constitution may seek to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain and promote their identities against the assimilative pressures of the majority. And third, a constitution may provide for a division of political power that allocates political power amongst different levels of government. That purpose would be defeated if one of those democratically elected levels of government could usurp the powers of the other simply by exercising its legislative power to allocate additional political power to itself unilaterally.

The argument that the Constitution may be legitimately circumvented by resort to a majority vote in a province-wide referendum is superficially persuasive, in large measure because it seems to appeal to some of the same principles that underlie the legitimacy of the Constitution itself, namely, democracy and self-government. In short, it is suggested that as the notion of popular sovereignty underlies the legitimacy of our existing constitutional arrangements, so the same popular sovereignty that originally led to the present Constitution must (it is argued) also permit “the people” in their exercise of popular sovereignty to secede by majority vote alone. However, closer analysis

Pour bien comprendre l'étendue et l'importance des principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme, il est utile de reconnaître explicitement les raisons pour lesquelles une constitution est placée hors de la portée de la règle de la simple majorité. Trois raisons se chevauchent.

Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement. Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires.

L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est superficiellement convaincant, dans une large mesure parce qu'il paraît faire appel à certains des principes qui sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même, c'est-à-dire la démocratie et l'autonomie gouvernementale. En bref, on avance que, puisque la notion de souveraineté populaire sous-tend la légitimité de nos arrangements constitutionnels actuels, alors cette même souveraineté populaire qui a donné naissance à la Constitution actuelle devrait aussi permettre au «peuple», dans l'exercice de la souveraineté popu-

73

74

75

reveals that this argument is unsound, because it misunderstands the meaning of popular sovereignty and the essence of a constitutional democracy.

laire, de faire sécession par un vote majoritaire seulement. Une analyse plus poussée révèle toutefois que cet argument est mal fondé parce qu'il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle.

76 Canadians have never accepted that ours is a system of simple majority rule. Our principle of democracy, taken in conjunction with the other constitutional principles discussed here, is richer. Constitutional government is necessarily predicated on the idea that the political representatives of the people of a province have the capacity and the power to commit the province to be bound into the future by the constitutional rules being adopted. These rules are “binding” not in the sense of frustrating the will of a majority of a province, but as defining the majority which must be consulted in order to alter the fundamental balances of political power (including the spheres of autonomy guaranteed by the principle of federalism), individual rights, and minority rights in our society. Of course, those constitutional rules are themselves amenable to amendment, but only through a process of negotiation which ensures that there is an opportunity for the constitutionally defined rights of all the parties to be respected and reconciled.

Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche. Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées. Ces règles les «lient» non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société. Bien entendu, ces règles constitutionnelles sont elles-mêmes susceptibles de modification, mais seulement par un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution.

77 In this way, our belief in democracy may be harmonized with our belief in constitutionalism. Constitutional amendment often requires some form of substantial consensus precisely because the content of the underlying principles of our Constitution demand it. By requiring broad support in the form of an “enhanced majority” to achieve constitutional change, the Constitution ensures that minority interests must be addressed before proposed changes which would affect them may be enacted.

De cette façon, il est possible d'allier notre foi dans la démocratie et notre foi dans le constitutionnalisme. La modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l'exige. L'exigence d'un vaste appui sous forme de «majorité élargie» pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront.

78 It might be objected, then, that constitutionalism is therefore incompatible with democratic government. This would be an erroneous view. Constitutionalism facilitates — indeed, makes possible — a democratic political system by creating an orderly

On pourrait alors objecter que constitutionnalisme est par conséquent incompatible avec gouvernement démocratique. Ce serait faux. Le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un

framework within which people may make political decisions. Viewed correctly, constitutionalism and the rule of law are not in conflict with democracy; rather, they are essential to it. Without that relationship, the political will upon which democratic decisions are taken would itself be undermined.

(e) *Protection of Minorities*

The fourth underlying constitutional principle we address here concerns the protection of minorities. There are a number of specific constitutional provisions protecting minority language, religion and education rights. Some of those provisions are, as we have recognized on a number of occasions, the product of historical compromises. As this Court observed in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1173, and in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at pp. 529-30, the protection of minority religious education rights was a central consideration in the negotiations leading to Confederation. In the absence of such protection, it was felt that the minorities in what was then Canada East and Canada West would be submerged and assimilated. See also *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at pp. 401-2, and *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609. Similar concerns animated the provisions protecting minority language rights, as noted in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 564.

However, we highlight that even though those provisions were the product of negotiation and political compromise, that does not render them unprincipled. Rather, such a concern reflects a broader principle related to the protection of minority rights. Undoubtedly, the three other constitutional principles inform the scope and operation of the specific provisions that protect the rights of minorities. We emphasize that the protection of minority rights is itself an independent

cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques. Bien compris, le constitutionnalisme et la primauté du droit n'entrent pas en conflit avec la démocratie; bien au contraire, ils lui sont indispensables. Sans cette relation, la volonté politique qui anime les décisions démocratiques serait elle-même ébranlée.

e) *La protection des minorités*

Le quatrième principe constitutionnel à examiner ici concerne la protection des minorités. Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques. Notre Cour a signalé dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1173, et dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, aux pp. 529 et 530, que la protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation avait été une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération. On craignait qu'en l'absence de protection, les minorités de l'Est et de l'Ouest du Canada d'alors soient submergées et assimilées. Voir aussi *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 401 et 402, et *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609. Des inquiétudes semblables ont inspiré les dispositions protégeant les droits linguistiques des minorités, comme le mentionne l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 564.

Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. Les trois autres principes constitutionnels ont sans aucun doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités. Nous soulignons que la

79

80

principle underlying our constitutional order. The principle is clearly reflected in the *Charter's* provisions for the protection of minority rights. See, e.g., *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, and *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

protection de ces droits est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel. Ce principe se reflète clairement dans les dispositions de la *Charte* relatives à la protection des droits des minorités. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, et *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

81

The concern of our courts and governments to protect minorities has been prominent in recent years, particularly following the enactment of the *Charter*. Undoubtedly, one of the key considerations motivating the enactment of the *Charter*, and the process of constitutional judicial review that it entails, is the protection of minorities. However, it should not be forgotten that the protection of minority rights had a long history before the enactment of the *Charter*. Indeed, the protection of minority rights was clearly an essential consideration in the design of our constitutional structure even at the time of Confederation: *Senate Reference*, *supra*, at p. 71. Although Canada's record of upholding the rights of minorities is not a spotless one, that goal is one towards which Canadians have been striving since Confederation, and the process has not been without successes. The principle of protecting minority rights continues to exercise influence in the operation and interpretation of our Constitution.

Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération: *Renvoi relatif au Sénat*, précité, à la p. 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.

82

Consistent with this long tradition of respect for minorities, which is at least as old as Canada itself, the framers of the *Constitution Act, 1982* included in s. 35 explicit protection for existing aboriginal and treaty rights, and in s. 25, a non-derogation clause in favour of the rights of aboriginal peoples. The "promise" of s. 35, as it was termed in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1083, recognized not only the ancient occupation of land by aboriginal peoples, but their contribution to the building of Canada, and the special commitments made to them by successive governments. The protection of these rights, so recently and arduously achieved, whether looked at in their own right or as part of the larger concern with minorities,

Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La « promesse » de l'art. 35, comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si

reflects an important underlying constitutional value.

(4) The Operation of the Constitutional Principles in the Secession Context

Secession is the effort of a group or section of a state to withdraw itself from the political and constitutional authority of that state, with a view to achieving statehood for a new territorial unit on the international plane. In a federal state, secession typically takes the form of a territorial unit seeking to withdraw from the federation. Secession is a legal act as much as a political one. By the terms of Question 1 of this Reference, we are asked to rule on the legality of unilateral secession “[u]nder the Constitution of Canada”. This is an appropriate question, as the legality of unilateral secession must be evaluated, at least in the first instance, from the perspective of the domestic legal order of the state from which the unit seeks to withdraw. As we shall see below, it is also argued that international law is a relevant standard by which the legality of a purported act of secession may be measured.

The secession of a province from Canada must be considered, in legal terms, to require an amendment to the Constitution, which perforce requires negotiation. The amendments necessary to achieve a secession could be radical and extensive. Some commentators have suggested that secession could be a change of such a magnitude that it could not be considered to be merely an amendment to the Constitution. We are not persuaded by this contention. It is of course true that the Constitution is silent as to the ability of a province to secede from Confederation but, although the Constitution neither expressly authorizes nor prohibits secession, an act of secession would purport to alter the governance of Canadian territory in a manner which undoubtedly is inconsistent with our current constitutional arrangements. The fact that those changes would be profound, or that they would purport to have a significance with respect to inter-

laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l’importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente.

(4) L’application des principes constitutionnels dans un contexte de sécession

La sécession est la démarche par laquelle un groupe ou une partie d’un État cherche à se détacher de l’autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d’une assise territoriale et reconnu au niveau international. Dans le cas d’un État fédéral, la sécession signifie normalement le détachement d’une entité territoriale de la fédération. La sécession est autant un acte juridique qu’un acte politique. La question 1 du renvoi nous demande de statuer sur la légalité d’une sécession unilatérale «en vertu de la Constitution du Canada». La question est appropriée puisqu’elle comporte l’examen de la légalité d’une sécession unilatérale, en premier lieu du moins, du point de vue de l’ordre juridique interne de l’État dont l’entité cherche à se séparer. Comme nous le verrons, on prétend aussi que le droit international pose une norme permettant d’apprécier la légalité de l’acte de sécession envisagé.

La sécession d’une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution, qui exige forcément une négociation. Les modifications requises pour parvenir à une sécession pourraient être vastes et radicales. Certains auteurs ont exprimé l’avis qu’une sécession entraînerait un changement d’une telle ampleur qu’il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n’en sommes pas convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d’une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n’autorise pas ni n’interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d’une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou

83

84

national law, does not negate their nature as amendments to the Constitution of Canada.

85

The Constitution is the expression of the sovereignty of the people of Canada. It lies within the power of the people of Canada, acting through their various governments duly elected and recognized under the Constitution, to effect whatever constitutional arrangements are desired within Canadian territory, including, should it be so desired, the secession of Quebec from Canada. As this Court held in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 745, “[t]he Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government”. The manner in which such a political will could be formed and mobilized is a somewhat speculative exercise, though we are asked to assume the existence of such a political will for the purpose of answering the question before us. By the terms of this Reference, we have been asked to consider whether it would be constitutional in such a circumstance for the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

86

The “unilateral” nature of the act is of cardinal importance and we must be clear as to what is understood by this term. In one sense, any step towards a constitutional amendment initiated by a single actor on the constitutional stage is “unilateral”. We do not believe that this is the meaning contemplated by Question 1, nor is this the sense in which the term has been used in argument before us. Rather, what is claimed by a right to secede “unilaterally” is the right to effectuate secession without prior negotiations with the other provinces and the federal government. At issue is not the legality of the first step but the legality of the final act of purported unilateral secession. The supposed juridical basis for such an act is said to be a clear expression of democratic will in a referendum in the province of Quebec. This claim

qu’ils prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada.

La Constitution est l’expression de la souveraineté de la population du Canada. La population du Canada, agissant par l’intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en œuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada. Comme l’a affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 745, «[l]a Constitution d’un pays est l’expression de la volonté du peuple d’être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement». La méthode par laquelle une telle volonté politique prendrait forme et serait mobilisée demeure quelque peu conjecturale. Toutefois, on nous demande de présumer l’existence d’une telle volonté politique aux fins de répondre à la question soumise. Les termes mêmes du renvoi nous demandent de déterminer si, constitutionnellement, l’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada dans de telles circonstances.

Le caractère «unilatéral» de l’acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. Dans un sens, toute démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est «unilatérale». Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1, ni le sens donné dans les arguments présentés devant nous. Ce qui est revendiqué comme droit de faire «unilatéralement» sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. Ce n’est pas la légalité de la démarche initiale qui est en cause ici, mais la légalité de l’acte final de sécession unilatérale envisagée. Le fondement juridique d’un tel acte serait une volonté démocratique clairement exprimée par un référen-



requires us to examine the possible juridical impact, if any, of such a referendum on the functioning of our Constitution, and on the claimed legality of a unilateral act of secession.

Although the Constitution does not itself address the use of a referendum procedure, and the results of a referendum have no direct role or legal effect in our constitutional scheme, a referendum undoubtedly may provide a democratic method of ascertaining the views of the electorate on important political questions on a particular occasion. The democratic principle identified above would demand that considerable weight be given to a clear expression by the people of Quebec of their will to secede from Canada, even though a referendum, in itself and without more, has no direct legal effect, and could not in itself bring about unilateral secession. Our political institutions are premised on the democratic principle, and so an expression of the democratic will of the people of a province carries weight, in that it would confer legitimacy on the efforts of the government of Quebec to initiate the Constitution's amendment process in order to secede by constitutional means. In this context, we refer to a "clear" majority as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves.

The federalism principle, in conjunction with the democratic principle, dictates that the clear repudiation of the existing constitutional order and the clear expression of the desire to pursue secession by the population of a province would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire. The amendment of the Constitution begins with a political process undertaken pursuant to the Constitution itself. In Canada, the initiative for constitutional amendment is the responsibility of democratically elected representatives of the participants in Confederation. Those

dum dans la province de Québec. Cet argument nous amène à examiner l'impact juridique que pourrait avoir un tel référendum sur le fonctionnement de notre Constitution et sur la légalité alléguée d'un acte unilatéral de sécession.

La Constitution elle-même ne traite pas d'un recours au référendum, et les résultats d'un référendum n'ont aucun rôle direct ni effet juridique dans notre régime constitutionnel, mais un référendum peut certainement fournir un moyen démocratique de connaître l'opinion de l'électorat sur des questions politiques importantes dans un cas précis. Le principe démocratique défini plus haut exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada même si un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale. Nos institutions politiques sont basées sur le principe démocratique et, par conséquent, l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles. Dans ce contexte, nous parlons de majorité «claire» au sens qualitatif. Pour être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu.

Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratique-

87

88

representatives may, of course, take their cue from a referendum, but in legal terms, constitution-making in Canada, as in many countries, is undertaken by the democratically elected representatives of the people. The corollary of a legitimate attempt by one participant in Confederation to seek an amendment to the Constitution is an obligation on all parties to come to the negotiating table. The clear repudiation by the people of Quebec of the existing constitutional order would confer legitimacy on demands for secession, and place an obligation on the other provinces and the federal government to acknowledge and respect that expression of democratic will by entering into negotiations and conducting them in accordance with the underlying constitutional principles already discussed.

ment élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment.

89 What is the content of this obligation to negotiate? At this juncture, we confront the difficult inter-relationship between substantive obligations flowing from the Constitution and questions of judicial competence and restraint in supervising or enforcing those obligations. This is mirrored by the distinction between the legality and the legitimacy of actions taken under the Constitution. We propose to focus first on the substantive obligations flowing from this obligation to negotiate; once the nature of those obligations has been described, it is easier to assess the appropriate means of enforcement of those obligations, and to comment on the distinction between legality and legitimacy.

En quoi consiste l'obligation de négocier? La réponse à cette question nous oblige à envisager les liens délicats qui existent entre les obligations substantielles découlant de la Constitution et les moyens de les faire valoir, notamment la compétence des tribunaux et la réserve dont ils doivent faire preuve en la matière. La distinction faite entre la légalité et la légitimité des actes accomplis en vertu de la Constitution reflètent la nature de ces liens. Nous nous proposons de traiter d'abord des obligations qui résultent de cette obligation de négocier. Après avoir décrit la nature de ces obligations, il sera plus facile d'apprécier les moyens appropriés pour en assurer le respect et de commenter la distinction entre légalité et légitimité.

90 The conduct of the parties in such negotiations would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the protection of minorities. Those principles lead us to reject two absolutist propositions. One of those propositions is that there would be a legal obligation on the other provinces and federal government to accede to the secession of a province, subject only to negotiation of the logistical details of secession. This proposition is attributed either to the supposed implications of the

La conduite des parties dans de telles négociations serait régie par les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l'obligation de négocier: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. Ces principes nous amènent à rejeter deux propositions extrêmes. La première consiste à dire que les autres provinces et le gouvernement fédéral auraient l'obligation légale de donner leur assentiment à la sécession d'une province, sous réserve seulement de la négociation des détails logistiques de la sécession. Cette propo-

democratic principle of the Constitution, or to the international law principle of self-determination of peoples.

For both theoretical and practical reasons, we cannot accept this view. We hold that Quebec could not purport to invoke a right of self-determination such as to dictate the terms of a proposed secession to the other parties: that would not be a negotiation at all. As well, it would be naive to expect that the substantive goal of secession could readily be distinguished from the practical details of secession. The devil would be in the details. The democracy principle, as we have emphasized, cannot be invoked to trump the principles of federalism and rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. No negotiations could be effective if their ultimate outcome, secession, is cast as an absolute legal entitlement based upon an obligation to give effect to that act of secession in the Constitution. Such a foregone conclusion would actually undermine the obligation to negotiate and render it hollow.

However, we are equally unable to accept the reverse proposition, that a clear expression of self-determination by the people of Quebec would impose no obligations upon the other provinces or the federal government. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain indifferent to the clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. This would amount to the assertion that other constitutionally recognized principles necessarily trump the clearly expressed democratic will of the people of Quebec. Such a proposition fails to give sufficient weight to the underlying constitutional principles that must inform the amendment process, including the principles of democracy and federalism. The rights of other provinces and the federal government cannot deny the right of the government of Quebec to pursue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. Negotiations

serait une conséquence soi-disant implicite du principe démocratique de la Constitution, ou reposerait sur le principe de l'autodétermination des peuples en droit international.

Nous ne pouvons accepter ce point de vue pour des raisons à la fois théoriques et pratiques. À notre avis, le Québec ne pourrait prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties les conditions d'une sécession: ce ne serait pas là une négociation. De même, il serait naïf de penser que l'objectif principal, la sécession, pourrait être distingué aisément des détails pratiques d'une sécession. Les écueils résident dans les détails. Comme nous l'avons souligné, on ne peut invoquer le principe de la démocratie pour écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner effet. Un tel a priori viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens.

Toutefois, il nous est tout aussi impossible d'accepter la proposition inverse, selon laquelle une expression claire de la part de la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait demeurer indifférent devant l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Cela reviendrait à dire que d'autres principes constitutionnels reconnus l'emportent nécessairement sur la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec. Une telle proposition n'accorde pas suffisamment de poids aux principes constitutionnels sous-jacents qui doivent guider le processus de modification, notamment le principe de la démocratie et le principe du fédéralisme. Les droits des autres provinces et du gouvernement fédéral ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité

91

92

would be necessary to address the interests of the federal government, of Quebec and the other provinces, and other participants, as well as the rights of all Canadians both within and outside Quebec.

claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres. Des négociations seraient nécessaires pour traiter des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec.

93 Is the rejection of both of these propositions reconcilable? Yes, once it is realized that none of the rights or principles under discussion is absolute to the exclusion of the others. This observation suggests that other parties cannot exercise their rights in such a way as to amount to an absolute denial of Quebec's rights, and similarly, that so long as Quebec exercises its rights while respecting the rights of others, it may propose secession and seek to achieve it through negotiation. The negotiation process precipitated by a decision of a clear majority of the population of Quebec on a clear question to pursue secession would require the reconciliation of various rights and obligations by the representatives of two legitimate majorities, namely, the clear majority of the population of Quebec, and the clear majority of Canada as a whole, whatever that may be. There can be no suggestion that either of these majorities "trumps" the other. A political majority that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have identified puts at risk the legitimacy of the exercise of its rights.

Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres. Cette remarque signifie que d'autres parties ne peuvent exercer leurs droits d'une manière qui reviendrait à nier de façon absolue les droits du Québec et que, de la même façon, tant que le Québec exerce ses droits en respectant les droits des autres, il peut proposer la sécession et chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigeraient la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.

94 In such circumstances, the conduct of the parties assumes primary constitutional significance. The negotiation process must be conducted with an eye to the constitutional principles we have outlined, which must inform the actions of all the participants in the negotiation process.

Dans de telles circonstances, la conduite des parties acquiert une grande importance constitutionnelle. On doit mener les négociations sans jamais perdre de vue les principes constitutionnels que nous avons décrits et ces principes doivent guider le comportement de tous les participants à ces négociations.

95 Refusal of a party to conduct negotiations in a manner consistent with constitutional principles and values would seriously put at risk the legitimacy of that party's assertion of its rights, and perhaps the negotiation process as a whole. Those who quite legitimately insist upon the importance of upholding the rule of law cannot at the same

Le refus d'une partie de participer à des négociations dans le respect des principes et valeurs constitutionnels mettrait gravement en péril la légitimité de ses revendications et peut-être aussi l'ensemble du processus de négociation. Ceux qui, très légitimement, insistent sur l'importance du respect de la primauté du droit ne peuvent, en même

time be oblivious to the need to act in conformity with constitutional principles and values, and so do their part to contribute to the maintenance and promotion of an environment in which the rule of law may flourish.

No one can predict the course that such negotiations might take. The possibility that they might not lead to an agreement amongst the parties must be recognized. Negotiations following a referendum vote in favour of seeking secession would inevitably address a wide range of issues, many of great import. After 131 years of Confederation, there exists, inevitably, a high level of integration in economic, political and social institutions across Canada. The vision of those who brought about Confederation was to create a unified country, not a loose alliance of autonomous provinces. Accordingly, while there are regional economic interests, which sometimes coincide with provincial boundaries, there are also national interests and enterprises (both public and private) that would face potential dismemberment. There is a national economy and a national debt. Arguments were raised before us regarding boundary issues. There are linguistic and cultural minorities, including aboriginal peoples, unevenly distributed across the country who look to the Constitution of Canada for the protection of their rights. Of course, secession would give rise to many issues of great complexity and difficulty. These would have to be resolved within the overall framework of the rule of law, thereby assuring Canadians resident in Quebec and elsewhere a measure of stability in what would likely be a period of considerable upheaval and uncertainty. Nobody seriously suggests that our national existence, seamless in so many aspects, could be effortlessly separated along what are now the provincial boundaries of Quebec. As the Attorney General of Saskatchewan put it in his oral submission:

A nation is built when the communities that comprise it make commitments to it, when they forego choices and opportunities on behalf of a nation, . . . when the communities that comprise it make compromises, when they offer each other guarantees, when they make trans-

temps, faire abstraction de la nécessité d'agir en conformité avec les principes et valeurs constitutionnels et ainsi de faire leur part pour contribuer à la préservation et à la promotion d'un cadre dans lequel la règle de droit puisse s'épanouir.

Personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties. Des négociations engagées à la suite d'un vote référendaire en faveur d'un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d'une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d'intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays unifié et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s'il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous. Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. Bien sûr, la sécession donnerait naissance à une multitude de questions très difficiles et très complexes, qu'il faudrait résoudre dans le cadre général de la primauté du droit de façon à assurer aux Canadiens résidant au Québec et ailleurs une certaine stabilité pendant ce qui serait probablement une période d'incertitude et de bouleversement profonds. Nul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d'aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec. Comme le disait le Procureur général de la Saskatchewan dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Une nation est construite lorsque les collectivités qui la composent prennent des engagements à son égard, quand elles renoncent à des choix et des possibilités, au nom d'une nation, [. . .] quand les collectivités qui la composent font des compromis, quand

fers and perhaps most pointedly, when they receive from others the benefits of national solidarity. The threads of a thousand acts of accommodation are the fabric of a nation. . . .

elles se donnent des garanties mutuelles, quand elles échangent et, peut-être plus à propos, quand elles reçoivent des autres les avantages de la solidarité nationale. Les fils de milliers de concessions mutuelles tissent la toile de la nation . . .

97 In the circumstances, negotiations following such a referendum would undoubtedly be difficult. While the negotiators would have to contemplate the possibility of secession, there would be no absolute legal entitlement to it and no assumption that an agreement reconciling all relevant rights and obligations would actually be reached. It is foreseeable that even negotiations carried out in conformity with the underlying constitutional principles could reach an impasse. We need not speculate here as to what would then transpire. Under the Constitution, secession requires that an amendment be negotiated.

Dans ces circonstances, on ne peut douter que des négociations résultant d'un tel référendum seraient difficiles. Les négociateurs devraient envisager la possibilité d'une sécession, sans qu'il y ait toutefois de droit absolu à la sécession ni certitude qu'il sera réellement possible de parvenir à un accord conciliant tous les droits et toutes les obligations en jeu. Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse. Nous n'avons pas ici à faire des conjectures sur ce qui surviendrait alors. En vertu de la Constitution, la sécession exige la négociation d'une modification.

98 The respective roles of the courts and political actors in discharging the constitutional obligations we have identified follows ineluctably from the foregoing observations. In the *Patriation Reference*, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions. It is also the case, however, that judicial intervention, even in relation to the law of the Constitution, is subject to the Court's appreciation of its proper role in the constitutional scheme.

Les rôles respectifs des tribunaux et des acteurs politiques, dans l'exécution des obligations constitutionnelles que nous avons décrites, découlent inéluctablement des remarques antérieures. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement. Ici encore, toutefois, l'intervention judiciaire, même en ce qui concerne le droit de la Constitution, est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans notre système constitutionnel.

99 The notion of justiciability is, as we earlier pointed out in dealing with the preliminary objection, linked to the notion of appropriate judicial restraint. We earlier made reference to the discussion of justiciability in *Reference re Canada Assistance Plan, supra*, at p. 545:

Comme nous l'avons souligné dans l'examen des objections préliminaires, la notion de justiciabilité est liée à la notion de réserve judiciaire appropriée. Nous citons plus haut cette allusion à la question de la justiciabilité dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, à la p. 545:

In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court's primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement.

In *Operation Dismantle, supra*, at p. 459, it was pointed out that justiciability is a “doctrine . . . founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes”. An analogous doctrine of judicial restraint operates here. Also, as observed in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 (the *Auditor General’s* case), at p. 91:

There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

The role of the Court in this Reference is limited to the identification of the relevant aspects of the Constitution in their broadest sense. We have interpreted the questions as relating to the constitutional framework within which political decisions may ultimately be made. Within that framework, the workings of the political process are complex and can only be resolved by means of political judgments and evaluations. The Court has no supervisory role over the political aspects of constitutional negotiations. Equally, the initial impetus for negotiation, namely a clear majority on a clear question in favour of secession, is subject only to political evaluation, and properly so. A right and a corresponding duty to negotiate secession cannot be built on an alleged expression of democratic will if the expression of democratic will is itself fraught with ambiguities. Only the political actors would have the information and expertise to make the appropriate judgment as to the point at which, and the circumstances in which, those ambiguities are resolved one way or the other.

If the circumstances giving rise to the duty to negotiate were to arise, the distinction between the strong defence of legitimate interests and the taking of positions which, in fact, ignore the legitimate interests of others is one that also defies legal analysis. The Court would not have access to all of

L’arrêt *Operation Dismantle*, précité, à la p. 459, souligne que la justiciabilité est une «doctrine [. . .] fondée sur une préoccupation à l’égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends». Un principe analogue de réserve judiciaire s’applique ici. L’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 (l’arrêt *Vérificateur général*), dit aussi, à la p. 91:

Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l’exercice d’un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l’appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

Le rôle de notre Cour dans ce renvoi se limite à identifier les aspects pertinents de la Constitution, dans leur sens le plus large. Nous avons interprété les questions comme se rapportant au cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises. À l’intérieur de ce cadre, les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et d’évaluations d’ordre politique. La Cour n’a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. De même, l’incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n’est assujettie qu’à une évaluation d’ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l’obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d’ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l’information et l’expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l’autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient.

Si les circonstances donnant lieu à l’obligation de négocier devaient survenir, l’analyse juridique ne permettrait pas non plus de faire la distinction entre la défense énergique d’intérêts légitimes et la prise de positions qui, en réalité, écarteraient totalement les intérêts légitimes de certains. La Cour

100

101

the information available to the political actors, and the methods appropriate for the search for truth in a court of law are ill-suited to getting to the bottom of constitutional negotiations. To the extent that the questions are political in nature, it is not the role of the judiciary to interpose its own views on the different negotiating positions of the parties, even were it invited to do so. Rather, it is the obligation of the elected representatives to give concrete form to the discharge of their constitutional obligations which only they and their electors can ultimately assess. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests outlined above is necessarily committed to the political rather than the judicial realm, precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of the negotiation process. Having established the legal framework, it would be for the democratically elected leadership of the various participants to resolve their differences.

n'aurait pas accès à toute l'information dont disposent les acteurs politiques, et les méthodes établies pour la recherche de la vérité devant une cour de justice sont mal adaptées à une analyse en profondeur de négociations constitutionnelles. Dans la mesure où les questions sont de nature politique, ce n'est pas le rôle du judiciaire d'interposer ses propres opinions sur les positions divergentes adoptées par les parties aux négociations, même s'il était invité à le faire. Il incombe plutôt aux représentants élus de s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles d'une façon concrète que, en dernière analyse, seuls leurs électeurs et eux-mêmes sont en mesure d'évaluer. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le «donnant, donnant» du processus de négociation. Une fois établi le cadre juridique, il appartiendrait aux dirigeants démocratiquement élus des divers participants de résoudre leurs différends.

102 The non-justiciability of political issues that lack a legal component does not deprive the surrounding constitutional framework of its binding status, nor does this mean that constitutional obligations could be breached without incurring serious legal repercussions. Where there are legal rights there are remedies, but as we explained in the *Auditor General's* case, *supra*, at p. 90, and *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, the appropriate recourse in some circumstances lies through the workings of the political process rather than the courts.

La non-justiciabilité de questions politiques dénuées de composante juridique ne retire pas au cadre constitutionnel existant son caractère impératif et ne signifie pas non plus que les obligations constitutionnelles pourraient être violées sans entraîner de graves conséquences juridiques. Quand il existe des droits, il existe des réparations, mais comme nous l'expliquons dans *Vérificateur général*, précité, à la p. 90, et *New Brunswick Broadcasting*, précité, le recours approprié, dans certaines circonstances, fait appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux.

103 To the extent that a breach of the constitutional duty to negotiate in accordance with the principles described above undermines the legitimacy of a party's actions, it may have important ramifications at the international level. Thus, a failure of the duty to undertake negotiations and pursue them according to constitutional principles may undermine that government's claim to legitimacy which is generally a precondition for recognition by the international community. Conversely, violations of those principles by the federal or other provincial

Dans la mesure où la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes décrits ci-dessus mine la légitimité des actions d'une partie, elle peut avoir des répercussions importantes au plan international. Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté interna-



governments responding to the request for secession may undermine their legitimacy. Thus, a Quebec that had negotiated in conformity with constitutional principles and values in the face of unreasonable intransigence on the part of other participants at the federal or provincial level would be more likely to be recognized than a Quebec which did not itself act according to constitutional principles in the negotiation process. Both the legality of the acts of the parties to the negotiation process under Canadian law, and the perceived legitimacy of such action, would be important considerations in the recognition process. In this way, the adherence of the parties to the obligation to negotiate would be evaluated in an indirect manner on the international plane.

Accordingly, the secession of Quebec from Canada cannot be accomplished by the National Assembly, the legislature or government of Quebec unilaterally, that is to say, without principled negotiations, and be considered a lawful act. Any attempt to effect the secession of a province from Canada must be undertaken pursuant to the Constitution of Canada, or else violate the Canadian legal order. However, the continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain unaffected by the unambiguous expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The primary means by which that expression is given effect is the constitutional duty to negotiate in accordance with the constitutional principles that we have described herein. In the event secession negotiations are initiated, our Constitution, no less than our history, would call on the participants to work to reconcile the rights, obligations and legitimate aspirations of all Canadians within a framework that emphasizes constitutional responsibilities as much as it does constitutional rights.

It will be noted that Question 1 does not ask how secession could be achieved in a constitu-

tionale. Inversement, la violation de ces principes par le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigence injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation. La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international.

Il ressort donc clairement de l'analyse qui précède que la sécession du Québec du Canada ne peut pas être considérée un acte légal si elle est réalisée unilatéralement par l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec, c'est-à-dire sans négociations conformes aux principes. Tout projet de sécession d'une province du Canada qui n'est pas entrepris en conformité avec la Constitution du Canada est une violation de l'ordre juridique du Canada. Cependant, l'ordre constitutionnel canadien ne peut manquer d'être affecté dans son existence et son fonctionnement par l'expression non ambiguë d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Le principal moyen de donner effet à cette expression est l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes constitutionnels que nous avons définis. Si des négociations de sécession étaient engagées, notre Constitution, tout autant que notre histoire, appellerait les participants à s'efforcer de concilier les droits, les obligations et les aspirations légitimes de tous les Canadiens dans un cadre qui donnerait autant d'importance aux responsabilités qu'aux droits de chacun en vertu de la Constitution.

Il faut souligner que la question 1 ne demande pas comment la sécession pourrait être réalisée de

104

105

tional manner, but addresses one form of secession only, namely unilateral secession. Although the applicability of various procedures to achieve lawful secession was raised in argument, each option would require us to assume the existence of facts that at this stage are unknown. In accordance with the usual rule of prudence in constitutional cases, we refrain from pronouncing on the applicability of any particular constitutional procedure to effect secession unless and until sufficiently clear facts exist to squarely raise an issue for judicial determination.

(5) Suggested Principle of Effectivity

106

In the foregoing discussion we have not overlooked the principle of effectivity, which was placed at the forefront in argument before us. For the reasons that follow, we do not think that the principle of effectivity has any application to the issues raised by Question 1. A distinction must be drawn between the right of a people to act, and their power to do so. They are not identical. A right is recognized in law: mere physical ability is not necessarily given status as a right. The fact that an individual or group can act in a certain way says nothing at all about the legal status or consequences of the act. A power may be exercised even in the absence of a right to do so, but if it is, then it is exercised without legal foundation. Our Constitution does not address powers in this sense. On the contrary, the Constitution is concerned only with the rights and obligations of individuals, groups and governments, and the structure of our institutions. It was suggested before us that the National Assembly, legislature or government of Quebec could unilaterally effect the secession of that province from Canada, but it was not suggested that they might do so as a matter of law: rather, it was contended that they simply could do so as a matter of fact. Although under the Constitution there is no right to pursue secession unilaterally, that is secession without principled negotiation, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on effective control of a territory and recognition by the interna-

façon constitutionnelle, mais vise uniquement une seule forme de sécession, la sécession unilatérale. Bien que la possibilité d'appliquer des procédures diverses pour réaliser la sécession ait été abordée dans les plaidoiries, chaque option exigerait que nous présumions l'existence de faits qui sont inconnus à ce stade. Selon la règle de prudence requise en matière constitutionnelle, nous nous abstenons de toute conclusion quant à l'application possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable.

(5) L'argument fondé sur le principe de l'effectivité

Dans ce qui précède, nous n'avons pas écarté le principe de l'effectivité qui a été au premier rang de l'argumentation soumise. Pour les raisons qui suivent, nous ne croyons pas que le principe de l'effectivité s'applique de quelque façon aux points soulevés par la question 1. Il faut bien faire la distinction entre le droit d'un peuple d'agir et son pouvoir d'agir. Ils ne sont pas identiques. Un droit est reconnu par la loi; la simple possibilité matérielle n'a pas nécessairement le statut de droit. Le fait qu'une personne ou un groupe puisse agir d'une certaine manière ne détermine aucunement la qualité ou les conséquences juridiques de l'acte. Un pouvoir peut être exercé même en l'absence d'un droit d'agir, mais ce pouvoir est alors exercé sans fondement juridique. Notre Constitution ne traite pas de pouvoirs dans ce sens-là. Au contraire, notre Constitution s'intéresse uniquement aux droits et obligations d'individus, de groupes et de gouvernements et à la structure de nos institutions. On a soutenu que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient réaliser unilatéralement la sécession de cette province du Canada, mais on n'a pas indiqué qu'ils pourraient la réaliser en droit: on a plutôt prétendu qu'ils pourraient simplement l'accomplir dans les faits. Quoiqu'il n'existe aucun droit à la sécession unilatérale dans la Constitution, c'est-à-dire sans négociation conforme aux principes, cela n'exclut pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession aboutissant à une sécession de fait. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait du contrôle effectif d'un territoire et de la

tional community. The principles governing secession at international law are discussed in our answer to Question 2.

In our view, the alleged principle of effectivity has no constitutional or legal status in the sense that it does not provide an *ex ante* explanation or justification for an act. In essence, acceptance of a principle of effectivity would be tantamount to accepting that the National Assembly, legislature or government of Quebec may act without regard to the law, simply because it asserts the power to do so. So viewed, the suggestion is that the National Assembly, legislature or government of Quebec could purport to secede the province unilaterally from Canada in disregard of Canadian and international law. It is further suggested that if the secession bid was successful, a new legal order would be created in that province, which would then be considered an independent state.

Such a proposition is an assertion of fact, not a statement of law. It may or may not be true; in any event it is irrelevant to the questions of law before us. If, on the other hand, it is put forward as an assertion of law, then it simply amounts to the contention that the law may be broken as long as it can be broken successfully. Such a notion is contrary to the rule of law, and must be rejected.

#### B. *Question 2*

Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to

reconnaissance par la communauté internationale. Les principes régissant la sécession en droit international sont analysés dans notre réponse à la question 2.

À notre avis, le principe de l'effectivité qui a été plaidé n'a aucun statut constitutionnel ou juridique en ce sens qu'il ne fournit pas d'explication ou de justification préalable à l'acte. L'acceptation d'un principe de l'effectivité reviendrait essentiellement à accepter que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peuvent agir sans tenir compte du droit, pour la simple raison qu'ils affirment avoir le pouvoir de le faire. Dans une telle perspective, on suggère en réalité que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient prétendre réaliser unilatéralement la sécession de la province du Canada dans le non-respect du droit canadien et international. On soutient en outre que, si le projet sécessionniste réussissait, un nouvel ordre juridique serait créé dans la province qui serait alors considérée comme un État indépendant.

Cette proposition est un énoncé de fait, ce n'est pas un énoncé de droit. Elle peut être ou ne pas être vraie; elle n'a de toute façon aucune pertinence quant aux questions de droit dont nous sommes saisis. Si, par contre, cette proposition est présentée comme un énoncé de droit, elle revient tout simplement à soutenir que l'on peut violer la loi tant que la violation réussit. Une telle affirmation est contraire à la primauté du droit et doit donc être rejetée.

#### B. *Question 2*

L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature,

107

108

effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

109 For reasons already discussed, the Court does not accept the contention that Question 2 raises a question of “pure” international law which this Court has no jurisdiction to address. Question 2 is posed in the context of a Reference to address the existence or non-existence of a right of unilateral secession by a province of Canada. The *amicus curiae* argues that this question ultimately falls to be determined under international law. In addressing this issue, the Court does not purport to act as an arbiter between sovereign states or more generally within the international community. The Court is engaged in rendering an advisory opinion on certain legal aspects of the continued existence of the Canadian federation. International law has been invoked as a consideration and it must therefore be addressed.

Pour les raisons discutées précédemment, la Cour n’accepte pas la prétention que la question 2 soulève une question de droit international «pur» sur laquelle elle n’a pas compétence. La question 2 est posée dans le contexte d’un renvoi touchant l’existence ou l’inexistence du droit d’une province du Canada de faire sécession unilatérale. L’*amicus curiae* plaide que cette question doit ultimement être tranchée en vertu du droit international. Dans l’examen de cette question, la Cour ne prétend pas agir à titre d’arbitre entre États souverains ou, plus généralement, au sein de la communauté internationale. La Cour donne un avis consultatif sur certains aspects juridiques du maintien de l’existence de la fédération canadienne. Le droit international est un des facteurs qui ont été plaidés et, par conséquent, il doit être examiné.

110 The argument before the Court on Question 2 has focused largely on determining whether, under international law, a positive legal right to unilateral secession exists in the factual circumstances assumed for the purpose of our response to Question 1. Arguments were also advanced to the effect that, regardless of the existence or non-existence of a positive right to unilateral secession, international law will in the end recognize effective political realities — including the emergence of a new state — as facts. While our response to Question 2 will address considerations raised by this alternative argument of “effectivity”, it should first be noted that the existence of a positive legal entitlement is quite different from a prediction that the law will respond after the fact to a then existing political reality. These two concepts examine different points in time. The questions posed to the Court address legal rights in advance of a unilateral act of purported secession. While we touch below on the practice governing the international recognition of emerging states, the Court is as wary of entertaining speculation about the possible future conduct of sovereign states on the international level as it was under Question 1 to speculate

L’argumentation présentée à la Cour sur la question 2 a porté principalement sur la question de savoir si, en droit international, il existe un droit de sécession unilatérale dans les circonstances qui ont été présentées aux fins de la question 1. On a également avancé d’autres arguments voulant que, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un droit de sécession unilatérale, le droit international reconnaîtra en bout de ligne comme un état de fait certaines réalités politiques concrètes — y compris l’émergence d’un nouvel État. Bien que notre réponse à la question 2 tienne compte de considérations soulevées par l’argument subsidiaire fondé sur l’«effectivité», il faut souligner d’abord qu’il y a une grande différence entre conclure à l’existence d’un droit positif et prédire que le droit réagira, après le fait, à une réalité politique existante. Ces deux concepts s’attachent à des moments différents. Les questions posées à la Cour portent sur des droits juridiques dans la perspective d’un éventuel acte unilatéral censé opérer sécession. Même si nous abordons plus loin la pratique régissant la reconnaissance internationale des nouveaux États, notre Cour est tout aussi réticente à se livrer à des spéculations sur les réactions éven-

about the possible future course of political negotiations among the participants in the Canadian federation. In both cases, the Reference questions are directed only to the legal framework within which the political actors discharge their various mandates.

#### (1) Secession at International Law

It is clear that international law does not specifically grant component parts of sovereign states the legal right to secede unilaterally from their “parent” state. This is acknowledged by the experts who provided their opinions on behalf of both the *amicus curiae* and the Attorney General of Canada. Given the lack of specific authorization for unilateral secession, proponents of the existence of such a right at international law are therefore left to attempt to found their argument (i) on the proposition that unilateral secession is not specifically prohibited and that what is not specifically prohibited is inferentially permitted; or (ii) on the implied duty of states to recognize the legitimacy of secession brought about by the exercise of the well-established international law right of “a people” to self-determination. The *amicus curiae* addressed the right of self-determination, but submitted that it was not applicable to the circumstances of Quebec within the Canadian federation, irrespective of the existence or non-existence of a referendum result in favour of secession. We agree on this point with the *amicus curiae*, for reasons that we will briefly develop.

##### (a) *Absence of a Specific Prohibition*

International law contains neither a right of unilateral secession nor the explicit denial of such a right, although such a denial is, to some extent, implicit in the exceptional circumstances required for secession to be permitted under the right of a people to self-determination, e.g., the right of secession that arises in the exceptional situation of an oppressed or colonial people, discussed below. As will be seen, international law places great

tuelles d’États souverains à l’échelle internationale qu’elle l’était, dans le cadre de la question 1, quant au déroulement d’éventuelles négociations politiques entre les participants à la fédération canadienne. Dans les deux cas, les questions du renvoi visent uniquement le cadre juridique à l’intérieur duquel les acteurs politiques s’acquittent de leur mandat respectif.

#### (1) La sécession en droit international

Il est clair que le droit international n’accorde pas expressément aux parties constituantes d’un État souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l’État «parent». Cela est reconnu par les experts qui ont donné leur avis tant pour le compte de l’*amicus curiae* que pour le compte du procureur général du Canada. Puisque la sécession unilatérale ne fait pas l’objet d’autorisation expresse, les tenants de l’existence d’un tel droit en droit international n’ont d’autre choix que de fonder leur argument (i) soit sur la thèse selon laquelle la sécession unilatérale n’est pas expressément interdite, et que ce qui n’est pas explicitement interdit est, par inférence, permis; (ii) soit sur l’obligation implicite qui incombe aux États de reconnaître la légitimité d’une sécession accomplie par l’exercice du droit, bien établi en droit international, qu’a «un peuple» à l’autodétermination. L’*amicus curiae* a abordé le droit à l’autodétermination mais a soutenu que celui-ci ne s’appliquait pas au cas du Québec au sein de la fédération canadienne, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un résultat référendaire en faveur de la sécession. Nous sommes d’accord avec l’*amicus curiae* sur ce point, pour les raisons que nous allons exposer brièvement.

##### a) *L’absence d’interdiction expresse*

Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n’en nie pas explicitement l’existence, quoique, dans une certaine mesure, une telle négation découle implicitement du caractère exceptionnel des circonstances qui sont requises pour autoriser une sécession fondée sur le droit d’un peuple à l’autodétermination, comme le droit de sécession découlant de la situation exceptionnelle d’un peuple opprimé ou colo-

111

112

importance on the territorial integrity of nation states and, by and large, leaves the creation of a new state to be determined by the domestic law of the existing state of which the seceding entity presently forms a part (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), at pp. 8-9). Where, as here, unilateral secession would be incompatible with the domestic Constitution, international law is likely to accept that conclusion subject to the right of peoples to self-determination, a topic to which we now turn.

(b) *The Right of a People to Self-determination*

113 While international law generally regulates the conduct of nation states, it does, in some specific circumstances, also recognize the “rights” of entities other than nation states — such as the right of a people to self-determination.

114 The existence of the right of a people to self-determination is now so widely recognized in international conventions that the principle has acquired a status beyond “convention” and is considered a general principle of international law. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), at pp. 171-72; K. Doehring, “Self-Determination”, in B. Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), at p. 70.)

115 Article 1 of the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, states in part that one of the purposes of the United Nations (U.N.) is:

*Article 1*

. . . .

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

nisé, qui est examiné plus loin. Comme nous le verrons, le droit international attache une grande importance à l’intégrité territoriale des États Nations et, de manière générale, laisse le droit interne de l’État existant dont l’entité sécessionniste fait toujours partie décider de la création ou non d’un nouvel État (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), aux pp. 8 et 9). Dans les cas, comme celui qui nous occupe, où la sécession unilatérale serait incompatible avec la constitution interne, le droit international acceptera vraisemblablement cette conclusion, sous réserve du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, ou droit à l’autodétermination, sujet que nous allons maintenant aborder.

b) *Le droit d’un peuple à l’autodétermination*

Bien que le droit international régisse généralement la conduite des États Nations, il reconnaît également, dans certaines circonstances précises, les «droits» d’entités qui ne sont pas des États Nations — tel le droit d’un peuple à l’autodétermination.

L’existence du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes est aujourd’hui si largement reconnue dans les conventions internationales que ce principe a acquis un statut supérieur à celui d’une «convention» et est considéré comme un principe général du droit international. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), aux pp. 171 et 172; K. Doehring, «Self-Determination», dans B. Simma, éd., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), à la p. 70.)

L’article premier de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, édicte notamment que l’un des buts des Nations Unies est de:

*Article 1*

. . . .

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l’égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;

Article 55 of the U.N. Charter further states that the U.N. shall promote goals such as higher standards of living, full employment and human rights “[w]ith a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples”.

This basic principle of self-determination has been carried forward and addressed in so many U.N. conventions and resolutions that, as noted by Doehring, *supra*, at p. 60:

The sheer number of resolutions concerning the right of self-determination makes their enumeration impossible.

For our purposes, reference to the following conventions and resolutions is sufficient. Article 1 of both the U.N.’s *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, and its *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, states:

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

Similarly, the U.N. General Assembly’s *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970 (*Declaration on Friendly Relations*), states:

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter.

In 1993, the U.N. World Conference on Human Rights adopted the *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24, 25 June 1993,

En outre, en vertu de l’art. 55 de sa Charte, l’Organisation des Nations Unies favorise des buts tels le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et le respect des droits de l’homme «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l’égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes».

Le principe fondamental de l’autodétermination est énoncé et discuté dans un si grand nombre de conventions et de résolutions des Nations Unies que Doehring, *loc. cit.*, souligne ceci, à la p. 60:

[TRADUCTION] Le nombre même de résolutions concernant le droit à l’autodétermination rend leur énumération impossible.

Pour les fins qui nous intéressent, il suffit de mentionner les conventions et résolutions suivantes. Les articles premiers du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, sont ainsi rédigés:

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d’eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

De même, la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970 (*Déclaration touchant les relations amicales*), précise:

En vertu du principe de l’égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l’homme a adopté le document intitulé *Déclaration et Programme d’action de Vienne*,

116

117

118

119

120

that reaffirmed Article 1 of the two above-mentioned covenants. The U.N. General Assembly's *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995, also emphasizes the right to self-determination by providing that the U.N.'s member states will:

1. . . .

Continue to reaffirm the right of self-determination of all peoples, taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, and recognize the right of peoples to take legitimate action in accordance with the Charter of the United Nations to realize their inalienable right of self-determination. This shall not be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind. . . . [Emphasis added.]

121 The right to self-determination is also recognized in other international legal documents. For example, the *Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe*, 14 I.L.M. 1292 (1975) (*Helsinki Final Act*), states (in Part VIII):

The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development. [Emphasis added.]

122 As will be seen, international law expects that the right to self-determination will be exercised by

A/CONF.157/24, 25 juin 1993, qui a réaffirmé l'article premier des deux pactes susmentionnés. Dans sa *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995, l'Assemblée générale des Nations Unies souligne encore une fois le droit à l'autodétermination en indiquant que ses États membres doivent:

1. . . .

Continuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrement ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune. . . . [Nous soulignons.]

Le droit à l'autodétermination est également reconnu dans d'autres documents juridiques internationaux. Par exemple, l'*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe* (1975) (*Acte final d'Helsinki*), énonce (à la partie VIII):

Les États participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel. [Nous soulignons.]

Comme nous le verrons, en droit international, le droit à l'autodétermination est censé être exercé



peoples within the framework of existing sovereign states and consistently with the maintenance of the territorial integrity of those states. Where this is not possible, in the exceptional circumstances discussed below, a right of secession may arise.

(i) Defining “Peoples”

International law grants the right to self-determination to “peoples”. Accordingly, access to the right requires the threshold step of characterizing as a people the group seeking self-determination. However, as the right to self-determination has developed by virtue of a combination of international agreements and conventions, coupled with state practice, with little formal elaboration of the definition of “peoples”, the result has been that the precise meaning of the term “people” remains somewhat uncertain.

It is clear that “a people” may include only a portion of the population of an existing state. The right to self-determination has developed largely as a human right, and is generally used in documents that simultaneously contain references to “nation” and “state”. The juxtaposition of these terms is indicative that the reference to “people” does not necessarily mean the entirety of a state’s population. To restrict the definition of the term to the population of existing states would render the granting of a right to self-determination largely duplicative, given the parallel emphasis within the majority of the source documents on the need to protect the territorial integrity of existing states, and would frustrate its remedial purpose.

While much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics (such as a common language and culture) that would be considered in determining whether a specific group is a “people”, as do other groups within Quebec and/or Canada, it is not necessary to explore this legal characterization to resolve Question 2 appropriately. Similarly, it is not necessary for the Court to determine whether, should a Quebec people exist

par des peuples, à l’intérieur d’États souverains existants, et conformément au principe du maintien de l’intégrité territoriale de ces États. Lorsque cela n’est pas possible, un droit de sécession peut naître, dans les circonstances exceptionnelles examinées ci-après.

(i) La définition de «peuples»

C’est aux «peuples» que le droit international accorde le droit à l’autodétermination. En conséquence, pour disposer de ce droit, le groupe qui l’invoque doit remplir la condition préliminaire, c’est-à-dire être qualifié de peuple. Toutefois, comme le droit à l’autodétermination s’est développé par l’adoption d’un ensemble d’ententes et de conventions internationales, conjuguée à la pratique des États, et que peu de précisions formelles sont apportées à la définition de «peuples», il s’ensuit que le sens du mot «peuple» reste assez incertain.

Il est évident qu’un «peuple» peut s’entendre d’une partie seulement de la population d’un État existant. Le droit à l’autodétermination s’est développé dans une large mesure en tant que droit de la personne et l’expression est généralement utilisée dans des documents où paraissent à la fois les mots «nation» et «État». La juxtaposition de ces termes indique que le mot «peuple» ne vise pas nécessairement l’entière population d’un État. Le fait de restreindre la définition de ce mot à la population d’États existants, d’une part, rendrait largement superflue la reconnaissance du droit à l’autodétermination, compte tenu de l’insistance corrélatrice, dans la majorité des documents sources, sur la nécessité de protéger l’intégrité territoriale des États existants et, d’autre part, ferait obstacle à l’objectif réparateur de ce droit.

Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un «peuple», à l’instar d’autres groupes à l’intérieur du Québec et du Canada, il n’est pas nécessaire d’étudier cette qualification juridique pour répondre de façon appropriée à la question 2. De même, il n’est pas nécessaire pour la Cour de

123

124

125

within the definition of public international law, such a people encompasses the entirety of the provincial population or just a portion thereof. Nor is it necessary to examine the position of the aboriginal population within Quebec. As the following discussion of the scope of the right to self-determination will make clear, whatever be the correct application of the definition of people(s) in this context, their right of self-determination cannot in the present circumstances be said to ground a right to unilateral secession.

(ii) Scope of the Right to Self-determination

126 The recognized sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through internal self-determination — a people's pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state. A right to external self-determination (which in this case potentially takes the form of the assertion of a right to unilateral secession) arises in only the most extreme of cases and, even then, under carefully defined circumstances. External self-determination can be defined as in the following statement from the *Declaration on Friendly Relations* as

[t]he establishment of a sovereign and independent State, the free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people constitute modes of implementing the right of self-determination by that people. [Emphasis added.]

127 The international law principle of self-determination has evolved within a framework of respect for the territorial integrity of existing states. The various international documents that support the existence of a people's right to self-determination also contain parallel statements supportive of the conclusion that the exercise of such a right must be sufficiently limited to prevent threats to an existing state's territorial integrity or the stability of relations between sovereign states.

128 The *Declaration on Friendly Relations*, the *Vienna Declaration* and the *Declaration on the*

déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale.

(ii) La portée du droit à l'autodétermination

Les sources reconnues du droit international établissent que le droit d'un peuple à disposer de lui-même est normalement réalisé par voie d'autodétermination interne — à savoir la poursuite par ce peuple de son développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant. Le droit à l'autodétermination externe (qui, dans le présent cas, pourrait prendre la forme de la revendication d'un droit de sécession unilatérale) ne naît que dans des cas extrêmes dont les circonstances sont par ailleurs soigneusement définies. L'autodétermination externe peut être décrite par l'extrait suivant de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. [Nous soulignons.]

Le principe de l'autodétermination en droit international a évolué dans le respect de l'intégrité territoriale des États existants. Les divers documents internationaux qui étayent l'existence du droit d'un peuple à l'autodétermination renferment également des déclarations au soutien du principe selon lequel l'exercice d'un tel droit doit être suffisamment limité pour prévenir les menaces contre l'intégrité territoriale d'un État existant ou la stabilité des relations entre États souverains.

La *Déclaration touchant les relations amicales*, la *Déclaration de Vienne* et la *Déclaration du cin-*

*Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations* are specific. They state, immediately after affirming a people's right to determine political, economic, social and cultural issues, that such rights are not to

be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction . . . [Emphasis added.]

Similarly, while the concluding document of the Vienna Meeting in 1989 of the Conference on Security and Co-operation in Europe on the follow-up to the *Helsinki Final Act* again refers to peoples having the right to determine "their internal and external political status" (emphasis added), that statement is immediately followed by express recognition that the participating states will at all times act, as stated in the *Helsinki Final Act*, "in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States" (emphasis added). Principle 5 of the concluding document states that the participating states (including Canada):

. . . confirm their commitment strictly and effectively to observe the principle of the territorial integrity of States. They will refrain from any violation of this principle and thus from any action aimed by direct or indirect means, in contravention of the purposes and principles of the Charter of the United Nations, other obligations under international law or the provisions of the [Helsinki] Final Act, at violating the territorial integrity, political independence or the unity of a State. No actions or situations in contravention of this principle will be recognized as legal by the participating States. [Emphasis added.]

Accordingly, the reference in the *Helsinki Final Act* to a people determining its external political status is interpreted to mean the expression of a people's external political status through the government of the existing state, save in the excep-

*quantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies* sont explicites. Immédiatement après avoir affirmé le droit d'un peuple à déterminer son statut politique et à poursuivre son développement économique, social et culturel, elles précisent que ce droit ne doit pas être

interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction . . . [Nous soulignons.]

De même, le document de clôture de la rencontre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe tenue à Vienne en 1989, qui faisait suite à l'*Acte final d'Helsinki*, fait mention du droit des peuples de déterminer «leur statut politique interne et externe» (nous soulignons), mais cette déclaration est immédiatement suivie par la reconnaissance expresse que les États participants agiront à tout moment «conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale», comme l'énonce l'*Acte final d'Helsinki* (nous soulignons). Il est déclaré, au principe 5 du document de clôture, que les États participants (y compris le Canada):

. . . confirment leur engagement à observer strictement et effectivement le principe de l'intégrité territoriale des États. Ils s'abstiendront de toute violation de ce principe et donc de toute action visant, par des moyens directs ou indirects contrevenant aux buts et principes de la Charte des Nations Unies, aux autres obligations découlant du droit international ou aux dispositions de l'Acte final, à violer l'intégrité territoriale, l'indépendance politique ou l'unité d'un État. Aucune action ou situation contrevenant à ce principe ne sera reconnue comme légale par les États participants. [Nous soulignons.]

Par conséquent, le passage de l'*Acte final d'Helsinki* qui porte sur la détermination par un peuple de son statut politique externe est interprété comme étant l'expression du statut politique externe de ce peuple par l'entremise du gouverne-

tional circumstances discussed below. As noted by Cassese, *supra*, at p. 287, given the history and textual structure of this document, its reference to external self-determination simply means that “no territorial or other change can be brought about by the central authorities of a State that is contrary to the will of the whole people of that State”.

ment de l'État existant, sauf dans les circonstances exceptionnelles examinées plus loin. Comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 287, compte tenu de l'histoire de ce document et de sa structure, la mention de l'autodétermination externe signifie simplement que [TRADUCTION] «les autorités centrales d'un État ne peuvent apporter aucun changement territorial ou autre qui soit contraire à la volonté de l'ensemble de la population de cet État».

130 While the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* and the *International Covenant on Civil and Political Rights* do not specifically refer to the protection of territorial integrity, they both define the ambit of the right to self-determination in terms that are normally attainable within the framework of an existing state. There is no necessary incompatibility between the maintenance of the territorial integrity of existing states, including Canada, and the right of a “people” to achieve a full measure of self-determination. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its own internal arrangements, is entitled to the protection under international law of its territorial integrity.

(iii) Colonial and Oppressed Peoples

Même si le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ne font pas expressément état de la protection de l'intégrité territoriale, ils délimitent la portée du droit à l'autodétermination en fonction de conditions qui sont normalement réalisables dans le cadre d'un État existant. Il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre le maintien de l'intégrité territoriale d'États existants, comme le Canada, et le droit d'un «peuple» de disposer complètement de lui-même. Un État dont le gouvernement représente, dans l'égalité et sans discrimination, l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes a droit, en vertu du droit international, à la protection de son intégrité territoriale.

(iii) Peuples opprimés ou colonisés

131 Accordingly, the general state of international law with respect to the right to self-determination is that the right operates within the overriding protection granted to the territorial integrity of “parent” states. However, as noted by Cassese, *supra*, at p. 334, there are certain defined contexts within which the right to the self-determination of peoples does allow that right to be exercised “externally”, which, in the context of this Reference, would potentially mean secession:

... the right to external self-determination, which entails the possibility of choosing (or restoring) independence, has only been bestowed upon two classes of peoples (those under colonial rule or foreign occupation), based upon the assumption that both classes make up entities that are inherently distinct from the colonialist Power and the occupant Power and that their ‘territorial

Par conséquent, selon l'état général du droit international, le droit à l'autodétermination s'applique dans les limites de la protection prépondérante accordée à l'intégrité territoriale des États «parents». Cependant, comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 334, dans certains contextes définis, le droit des peuples à l'autodétermination peut effectivement être exercé «de manière externe», ce qui, dans le contexte du présent renvoi, pourrait signifier la sécession:

[TRADUCTION] ... le droit à l'autodétermination externe, qui emporte la possibilité de choisir (ou de rétablir) l'indépendance, n'a été accordé qu'à deux catégories de peuples (ceux sous domination coloniale ou sous occupation étrangère), sur le fondement de l'hypothèse que, dans les deux cas, ces peuples constituent des entités intrinsèquement distinctes de la puissance coloniale ou

rial integrity', all but destroyed by the colonialist or occupying Power, should be fully restored. . . .

The right of colonial peoples to exercise their right to self-determination by breaking away from the "imperial" power is now undisputed, but is irrelevant to this Reference.

The other clear case where a right to external self-determination accrues is where a people is subject to alien subjugation, domination or exploitation outside a colonial context. This recognition finds its roots in the *Declaration on Friendly Relations*:

Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples, in accordance with the provisions of the Charter, and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle, in order:

(a) To promote friendly relations and co-operation among States; and

(b) To bring a speedy end to colonialism, having due regard to the freely expressed will of the peoples concerned;

and bearing in mind that subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter.

A number of commentators have further asserted that the right to self-determination may ground a right to unilateral secession in a third circumstance. Although this third circumstance has been described in several ways, the underlying proposition is that, when a people is blocked from the meaningful exercise of its right to self-determination internally, it is entitled, as a last resort, to exercise it by secession. The *Vienna Declaration* requirement that governments represent "the whole people belonging to the territory without distinction of any kind" adds credence to the assertion

occupante, et que l'«intégrité territoriale» de ces peuples, qui à toutes fins pratiques a été détruite par la puissance coloniale ou occupante, doit être pleinement rétablie. . .

Le droit des peuples colonisés d'exercer leur droit à l'autodétermination en se détachant de la puissance «impériale» est maintenant incontesté, mais il n'est pas pertinent dans le présent renvoi.

L'autre cas manifeste d'application du droit à l'autodétermination externe est celui où un peuple est soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères en dehors du contexte colonial. Cette reconnaissance tire son origine de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de:

a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États; et

b) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés;

et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe, ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte.

Plusieurs commentateurs ont en outre affirmé que le droit à l'autodétermination peut, dans un troisième cas, fonder un droit de sécession unilatérale. Bien que ce troisième cas ait été décrit de plusieurs façons, il repose sur l'idée que, lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'interne, il a alors droit, en dernier recours, de l'exercer par la sécession. Le fait que la *Déclaration de Vienne* exige que les gouvernements représentent «l'ensemble de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune» ajoute foi à l'affirmation selon

132

133

134

that such a complete blockage may potentially give rise to a right of secession.

135

Clearly, such a circumstance parallels the other two recognized situations in that the ability of a people to exercise its right to self-determination internally is somehow being totally frustrated. While it remains unclear whether this third proposition actually reflects an established international law standard, it is unnecessary for present purposes to make that determination. Even assuming that the third circumstance is sufficient to create a right to unilateral secession under international law, the current Quebec context cannot be said to approach such a threshold. As stated by the *amicus curiae*, Addendum to the factum of the *amicus curiae*, at paras. 15-16:

[TRANSLATION] 15. The Quebec people is not the victim of attacks on its physical existence or integrity, or of a massive violation of its fundamental rights. The Quebec people is manifestly not, in the opinion of the *amicus curiae*, an oppressed people.

16. For close to 40 of the last 50 years, the Prime Minister of Canada has been a Quebecer. During this period, Quebecers have held from time to time all the most important positions in the federal Cabinet. During the 8 years prior to June 1997, the Prime Minister and the Leader of the Official Opposition in the House of Commons were both Quebecers. At present, the Prime Minister of Canada, the Right Honourable Chief Justice and two other members of the Court, the Chief of Staff of the Canadian Armed Forces and the Canadian ambassador to the United States, not to mention the Deputy Secretary-General of the United Nations, are all Quebecers. The international achievements of Quebecers in most fields of human endeavour are too numerous to list. Since the dynamism of the Quebec people has been directed toward the business sector, it has been clearly successful in Quebec, the rest of Canada and abroad.

136

The population of Quebec cannot plausibly be said to be denied access to government. Quebecers occupy prominent positions within the government of Canada. Residents of the province freely make political choices and pursue economic, social and cultural development within Quebec, across Canada, and throughout the world. The population

laquelle une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit à la sécession.

De toute évidence, une telle situation s'apparente aux deux autres situations reconnues en ce que la faculté du peuple concerné d'exercer à l'interne son droit à l'autodétermination est totalement contrecarrée. Bien qu'on ne sache pas encore avec certitude si cette troisième thèse reflète réellement une norme juridique internationale établie, il est inutile pour les fins du présent renvoi d'en décider. Même en supposant que cette troisième situation puisse créer un droit de sécession unilatérale en vertu du droit international, on ne peut affirmer que le contexte québécois actuel s'en rapproche. Comme le dit l'*amicus curiae*, dans l'Addendum à son mémoire, aux par. 15 et 16:

15. Le peuple québécois n'est pas la victime d'atteintes à son existence ou à son intégrité physiques, ni de violation massive de ses droits fondamentaux. Le peuple québécois n'est manifestement pas, selon l'*amicus curiae*, un peuple opprimé.

16. En effet, pendant près de 40 des 50 dernières années, le premier ministre du Canada a été un Québécois. Pendant cette période, des Québécois ont occupé de temps à autre tous les postes les plus importants du Cabinet fédéral. Pendant les 8 années qui ont précédé juin 1997, le premier ministre et le chef de l'Opposition officielle à la Chambre des Communes étaient tous deux des Québécois. Actuellement, le premier ministre du Canada, le très honorable juge en chef ainsi que deux autres membres de la Cour, le chef d'état-major des forces armées canadiennes et l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, sans compter la vice-secrétaire générale des Nations Unies, sont tous des Québécois. Les réussites internationales des Québécois dans la plupart des champs d'activité humaine sont trop nombreuses pour être énumérées. Depuis que le dynamisme du peuple québécois s'est tourné vers le secteur des affaires, il connaît des succès certains au Québec, dans le reste du Canada et à l'étranger.

On ne peut raisonnablement prétendre que la population du Québec se voit refuser l'accès au gouvernement. Des Québécois occupent des postes très importants au sein du gouvernement du Canada. Les résidents de cette province sont libres de leurs choix politiques et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel

of Quebec is equitably represented in legislative, executive and judicial institutions. In short, to reflect the phraseology of the international documents that address the right to self-determination of peoples, Canada is a “sovereign and independent state conducting itself in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction”.

The continuing failure to reach agreement on amendments to the Constitution, while a matter of concern, does not amount to a denial of self-determination. In the absence of amendments to the Canadian Constitution, we must look at the constitutional arrangements presently in effect, and we cannot conclude under current circumstances that those arrangements place Quebecers in a disadvantaged position within the scope of the international law rule.

In summary, the international law right to self-determination only generates, at best, a right to external self-determination in situations of former colonies; where a people is oppressed, as for example under foreign military occupation; or where a definable group is denied meaningful access to government to pursue their political, economic, social and cultural development. In all three situations, the people in question are entitled to a right to external self-determination because they have been denied the ability to exert internally their right to self-determination. Such exceptional circumstances are manifestly inapplicable to Quebec under existing conditions. Accordingly, neither the population of the province of Quebec, even if characterized in terms of “people” or “peoples”, nor its representative institutions, the National Assembly, the legislature or government of Quebec, possess a right, under international law, to secede unilaterally from Canada.

We would not wish to leave this aspect of our answer to Question 2 without acknowledging the

à l’intérieur du Québec, dans l’ensemble du Canada et dans le monde entier. La population du Québec est équitablement représentée dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Bref, pour reprendre les termes des instruments internationaux qui traitent du droit des peuples à l’autodétermination, le Canada est un «État souverain et indépendant respectueux du principe de l’égalité des droits et de l’autodétermination des peuples et doté ainsi d’un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune».

Les échecs persistants dans la recherche d’un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper, n’équivalent pas à une négation du droit à l’autodétermination. En l’absence de modifications constitutionnelles, nous devons nous fonder sur les arrangements constitutionnels présentement en vigueur et nous ne pouvons conclure, dans les circonstances actuelles, que ces arrangements placent les Québécois dans la situation désavantageuse visée par la règle du droit international.

En résumé, le droit à l’autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l’autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l’autodétermination externe parce qu’on lui refuse la faculté d’exercer, à l’interne, son droit à l’autodétermination. Ces circonstances exceptionnelles ne s’appliquent manifestement pas au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, même si elle était qualifiée de «peuple» ou de «peuples», ni ses institutions représentatives, l’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent, en vertu du droit international, le droit de faire sécession unilatéralement du Canada.

Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l’import

137

138

139

importance of the submissions made to us respecting the rights and concerns of aboriginal peoples in the event of a unilateral secession, as well as the appropriate means of defining the boundaries of a seceding Quebec with particular regard to the northern lands occupied largely by aboriginal peoples. However, the concern of aboriginal peoples is precipitated by the asserted right of Quebec to unilateral secession. In light of our finding that there is no such right applicable to the population of Quebec, either under the Constitution of Canada or at international law, but that on the contrary a clear democratic expression of support for secession would lead under the Constitution to negotiations in which aboriginal interests would be taken into account, it becomes unnecessary to explore further the concerns of the aboriginal peoples in this Reference.

(2) Recognition of a Factual/Political Reality: the “Effectivity” Principle

140 As stated, an argument advanced by the *amicus curiae* on this branch of the Reference was that, while international law may not ground a positive right to unilateral secession in the context of Quebec, international law equally does not prohibit secession and, in fact, international recognition would be conferred on such a political reality if it emerged, for example, via effective control of the territory of what is now the province of Quebec.

141 It is true that international law may well, depending on the circumstances, adapt to recognize a political and/or factual reality, regardless of the legality of the steps leading to its creation. However, as mentioned at the outset, effectivity, as such, does not have any real applicability to Question 2, which asks whether a right to unilateral secession exists.

142 No one doubts that legal consequences may flow from political facts, and that “sovereignty is a political fact for which no purely legal authority can be constituted . . .”, H. W. R. Wade, “The Basis of Legal Sovereignty”, [1955] *Camb. L.J.* 172, at p. 196. Secession of a province from

tance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu’aucun droit de ce genre ne s’applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l’expression claire d’une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d’examiner davantage les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi.

(2) Reconnaissance de la réalité factuelle ou politique: le principe de l’«effectivité»

L’un des arguments avancés par l’*amicus curiae* sur cet aspect du renvoi est que, même si le droit international ne fonde pas un droit de sécession unilatérale dans le cas du Québec, le droit international n’interdit pas non plus la sécession et, dans les faits, une telle réalité politique serait reconnue internationalement si elle se manifestait, par exemple, par le contrôle effectif du territoire qui constitue maintenant la province de Québec.

Il est vrai que le droit international peut fort bien, selon les circonstances, s’adapter pour reconnaître une réalité factuelle ou politique, indépendamment de la légalité des démarches qui y ont donné naissance. Cependant, comme nous l’avons dit, l’effectivité, en tant que telle, ne relève pas réellement de la question 2, qui nous demande s’il existe un droit de sécession unilatérale.

Des conséquences juridiques peuvent certainement découler de faits politiques, et [TRADUCTION] «la souveraineté est un fait politique pour lequel il est impossible d’établir un fondement purement juridique . . .», H. W. R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172, à la



Canada, if successful in the streets, might well lead to the creation of a new state. Although recognition by other states is not, at least as a matter of theory, necessary to achieve statehood, the viability of a would-be state in the international community depends, as a practical matter, upon recognition by other states. That process of recognition is guided by legal norms. However, international recognition is not alone constitutive of statehood and, critically, does not relate back to the date of secession to serve retroactively as a source of a “legal” right to secede in the first place. Recognition occurs only after a territorial unit has been successful, as a political fact, in achieving secession.

As indicated in responding to Question 1, one of the legal norms which may be recognized by states in granting or withholding recognition of emergent states is the legitimacy of the process by which the *de facto* secession is, or was, being pursued. The process of recognition, once considered to be an exercise of pure sovereign discretion, has come to be associated with legal norms. See, e.g., European Community Declaration on the *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, 31 I.L.M. 1486 (1992), at p. 1487. While national interest and perceived political advantage to the recognizing state obviously play an important role, foreign states may also take into account their view as to the existence of a right to self-determination on the part of the population of the putative state, and a counterpart domestic evaluation, namely, an examination of the legality of the secession according to the law of the state from which the territorial unit purports to have seceded. As we indicated in our answer to Question 1, an emergent state that has disregarded legitimate obligations arising out of its previous situation can potentially expect to be hindered by that disregard in achieving international recognition, at least with respect to the timing of that recognition. On the other hand, compliance by the seceding province with such legitimate obligations would weigh in favour of international recognition. The notion that what is not explicitly prohib-

p. 196. La sécession d’une province du Canada, si elle réussissait sur le terrain, pourrait bien entraîner la création d’un nouvel État. Même si la reconnaissance par d’autres États n’est pas nécessaire, du moins en théorie, pour accéder au statut d’État, la viabilité d’une entité aspirant à ce statut au sein de la communauté internationale dépend, sur le plan pratique, de sa reconnaissance par d’autres États. Ce processus de reconnaissance est guidé par des normes juridiques. Toutefois, la reconnaissance internationale ne confère pas à elle seule le statut d’État et il faut souligner qu’elle ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d’un droit «juridique» initial de faire sécession. La reconnaissance ne survient qu’après qu’une entité territoriale a réussi, en tant que fait politique, à réaliser la sécession.

Comme l’indique la réponse à la question 1, l’une des normes juridiques que les États peuvent invoquer pour décider de reconnaître ou non de nouveaux États est la légitimité du processus par lequel ceux-ci ont fait *de facto* sécession ou cherchent à le faire. Le processus de reconnaissance, auparavant considéré comme l’exercice d’un pouvoir souverain absolu, est maintenant assorti de normes juridiques. Voir, par exemple, la déclaration de la Communauté européenne sur les *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, Bull. CE 12-1991, à la p. 127. Même si l’intérêt national de l’État qui accorde la reconnaissance et l’avantage politique qu’il y voit jouent manifestement un rôle important, les États étrangers peuvent également prendre en considération leur opinion quant à l’existence du droit à l’autodétermination de la population de l’État putatif, ainsi qu’une évaluation correspondante de la légalité de la sécession suivant le droit de l’État dont l’entité territoriale prétend avoir fait sécession. Comme nous l’avons indiqué dans notre réponse à la question 1, un nouvel État qui passe outre à ses obligations légitimes découlant de sa situation antérieure peut s’attendre à ce que le mépris de ces obligations lui nuise dans l’obtention de la reconnaissance internationale, à tout le moins quant au moment de la reconnaissance. Par contre, le respect par la province sécessionniste de ces obligations légitimes

ited is implicitly permitted has little relevance where (as here) international law refers the legality of secession to the domestic law of the seceding state and the law of that state holds unilateral secession to be unconstitutional.

jouerait en faveur de sa reconnaissance internationale. L'idée selon laquelle ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis a peu de pertinence dans les cas (comme celui qui nous occupe) où le droit international renvoie au droit interne de l'État sécessionniste pour la détermination de la légalité de la sécession, et où le droit de cet État considère inconstitutionnelle la sécession unilatérale.

144 As a court of law, we are ultimately concerned only with legal claims. If the principle of "effectivity" is no more than that "successful revolution begets its own legality" (S. A. de Smith, "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, at p. 96), it necessarily means that legality follows and does not precede the successful revolution. *Ex hypothesi*, the successful revolution took place outside the constitutional framework of the predecessor state, otherwise it would not be characterized as "a revolution". It may be that a unilateral secession by Quebec would eventually be accorded legal status by Canada and other states, and thus give rise to legal consequences; but this does not support the more radical contention that subsequent recognition of a state of affairs brought about by a unilateral declaration of independence could be taken to mean that secession was achieved under colour of a legal right.

En tant que cour de justice, nous ne connaissons ultimement que des demandes fondées sur le droit. Si le principe de l'«effectivité» repose sur la seule affirmation selon laquelle une [TRADUCTION] «révolution réussie engendre sa propre légalité» (S. A. de Smith, «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, à la p. 96), cela signifie nécessairement que la légalité ne précède pas mais qu'elle suit une révolution réussie. Par hypothèse, la révolution réussie s'est produite en dehors du cadre constitutionnel de l'État précédent, car autrement elle ne pourrait être qualifiée de «révolution». Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques. Toutefois, cela n'étaye pas la prétention plus radicale voulant que la reconnaissance d'un état de fait créé par une déclaration unilatérale d'indépendance signifierait que la sécession a été réalisée sous le couvert d'un droit juridique.

145 An argument was made to analogize the principle of effectivity with the second aspect of the rule of law identified by this Court in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 753, namely, avoidance of a legal vacuum. In that Reference, it will be recalled, this Court declined to strike down all of Manitoba's legislation for its failure to comply with constitutional dictates, out of concern that this would leave the province in a state of chaos. In so doing, we recognized that the rule of law is a constitutional principle which permits the courts to address the practical consequences of their actions, particularly in constitutional cases. The similarity between that principle and the principle of effectivity, it was argued, is

On a invoqué une analogie entre le principe de l'effectivité et le second aspect de la primauté du droit dégagé par notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 753, c'est-à-dire la nécessité d'éviter un vide juridique. On se rappellera que notre Cour a refusé dans ce renvoi d'invalider l'ensemble des lois du Manitoba pour non-respect des exigences de la Constitution, de crainte qu'une telle déclaration ne plonge cette province dans le chaos. Nous avons ainsi reconnu que la primauté du droit est un principe constitutionnel qui permet aux tribunaux de tenir compte des conséquences pratiques de leurs jugements, particulièrement dans les affaires constitutionnelles. La similitude entre ce principe et le

that both attempt to refashion the law to meet social reality. However, nothing of our concern in the *Manitoba Language Rights Reference* about the severe practical consequences of unconstitutionality affected our conclusion that, as a matter of law, all Manitoba legislation at issue in that case was unconstitutional. The Court's declaration of unconstitutionality was clear and unambiguous. The Court's concern with maintenance of the rule of law was directed in its relevant aspect to the appropriate remedy, which in that case was to suspend the declaration of invalidity to permit appropriate rectification to take place.

The principle of effectivity operates very differently. It proclaims that an illegal act may eventually acquire legal status if, as a matter of empirical fact, it is recognized on the international plane. Our law has long recognized that through a combination of acquiescence and prescription, an illegal act may at some later point be accorded some form of legal status. In the law of property, for example, it is well known that a squatter on land may ultimately become the owner if the true owner sleeps on his or her right to repossess the land. In this way, a change in the factual circumstances may subsequently be reflected in a change in legal status. It is, however, quite another matter to suggest that a subsequent condonation of an initially illegal act retroactively creates a legal right to engage in the act in the first place. The broader contention is not supported by the international principle of effectivity or otherwise and must be rejected.

### C. *Question 3*

In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada

principe de l'effectivité réside, plaide-t-on, dans leur objectif commun de refaçonner le droit pour tenir compte de la réalité sociale. Cependant, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, nos préoccupations quant aux graves conséquences pratiques de la déclaration d'inconstitutionnalité n'ont pas influencé notre conclusion qu'en droit toutes les lois du Manitoba en litige dans cette affaire étaient inconstitutionnelles. La déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour était claire et non ambiguë. Le souci de la Cour de maintenir la primauté du droit visait à façonner la réparation convenable qui, dans cette affaire, était la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre que soient apportées les rectifications appropriées.

Le principe de l'effectivité fonctionne très différemment. Il proclame qu'un acte illégal peut en fin de compte devenir légal si, en tant que fait empirique, il est reconnu à l'échelle internationale. Notre droit reconnaît depuis longtemps que, sous l'effet conjugué de l'acquiescement et de la prescription, un acte illégal peut ultérieurement se voir accorder un certain effet juridique. En droit des biens, par exemple, un squatter peut devenir finalement propriétaire du bien-fonds qu'il occupe si le propriétaire véritable n'exerce pas à temps son droit d'en reprendre possession. Ainsi, un changement dans les faits peut se traduire ultérieurement par un changement de statut juridique. Toutefois, c'est tout autre chose de prétendre que l'approbation subséquente d'un acte illégal à l'origine a pour effet de créer rétroactivement le droit juridique de l'accomplir. Cette prétention plus générale n'est pas étayée par le principe de l'effectivité en droit international ni de quelque autre façon, et elle doit être rejetée.

### C. *Question 3*

Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouverne-

unilaterally, which would take precedence in Canada?

147 In view of our answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

#### IV. Summary of Conclusions

148 As stated at the outset, this Reference has required us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. We have emphasized that the Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles that animate the whole of our Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

149 The Reference requires us to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Those who support the existence of such a right found their case primarily on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. As reflected in our constitutional jurisprudence, democracy exists in the larger context of other constitutional values such as those already mentioned. In the 131 years since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economically, socially, politically and culturally) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession

ment du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

À la lumière des réponses que nous avons données aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le présent renvoi.

#### IV. Sommaire des conclusions

Comme nous l'avons indiqué au début, nous étions appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'une extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. Nous avons souligné que la Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi nous demande de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Ceux qui soutiennent l'existence d'un tel droit fondent leur prétention d'abord et avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. Comme en témoigne notre jurisprudence constitutionnelle, la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles telles celles déjà mentionnées. Pendant les 131 années de la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession

of a province “under the Constitution” could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

The Constitution is not a straitjacket. Even a brief review of our constitutional history demonstrates periods of momentous and dramatic change. Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. While it is true that some attempts at constitutional amendment in recent years have faltered, a clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pur-

compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

La Constitution n'est pas un carcan. Un rappel, même bref, de notre histoire constitutionnelle révèle des périodes de changements marquants et extrêmement profonds. Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Même s'il est vrai que certaines tentatives de modification de la Constitution ont échoué au cours des dernières années, un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient

150

151

sue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government, Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities. No one suggests that it would be an easy set of negotiations.

aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités. Il va sans dire que de telles négociations ne seraient pas aisées.

152 The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have mentioned puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons mentionnés mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

153 The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken "under the Constitution", not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations we have identified are binding obligations under the Constitution of Canada. However, it will be for the political actors to determine what constitutes "a clear majority on a clear question" in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations que nous avons dégagées sont des obligations impératives en vertu de la Constitution du Canada. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du

political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

We have also considered whether a positive legal entitlement to secession exists under international law in the factual circumstances contemplated by Question 1, i.e., a clear democratic expression of support on a clear question for Quebec secession. Some of those who supported an affirmative answer to this question did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all “peoples”. Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the “people” issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of peoples at international law where “a people” is governed as part of a colonial empire; where “a people” is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where “a people” is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the National Assembly, the legislature or the government of Quebec do not enjoy a right at

domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n’auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

Nous nous sommes également demandés s’il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession dans les circonstances envisagées par la question 1, c’est-à-dire une expression démocratique claire en faveur de la sécession du Québec, en réponse à une question claire. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l’autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s’il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n’est pas nécessaire de trancher la question de l’existence d’un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu’un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l’autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d’«un peuple» gouverné en tant que partie d’un empire colonial, dans le cas d’«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l’exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d’«un peuple» empêché d’exercer utilement son droit à l’autodétermination à l’intérieur de l’État dont il fait partie. Dans les autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l’État existant auquel ils appartiennent. Un État dont le gouvernement représente l’ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l’égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l’autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur déve-

international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

loppement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

155 Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, that is secession without negotiation on the basis just discussed, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Such recognition, even if granted, would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, c'est-à-dire un droit de faire sécession sans négociation sur les fondements qui viennent d'être examinés, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

156 The reference questions are answered accordingly.

Les questions du renvoi reçoivent des réponses en conséquence.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitor for the Attorney General of Canada: George Thomson, Ottawa.*

*Procureur du procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.*

*Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories: Bernard W. Funston, Gloucester.*

*Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Bernard W. Funston, Gloucester.*



*Solicitor for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory: Stuart J. Whitley, Whitehorse.*

*Solicitor for the intervener Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.*

*Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Makivik Corporation: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council: Scott & Aylen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.*

*Solicitors for the intervener Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.*

*Solicitors for the interveners Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon: Stuart J. Whitley, Whitehorse.*

*Procureur de l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.*

*Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Corporation Makivik: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités: Scott & Aylen, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.*

*Procureurs de l'intervenant Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.*

*Procureurs des intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.*