Les silences de Polybe et le Renvoi sur la sécession du Québec

Je ne suis pas un romaniste. Je ne suis même pas un historien du droit patenté. Permettez donc à un professeur de droit constitutionnel de poser, en dilettante, un regard sur la constitution républicaine romaine telle que décrite par l'historien grec Polybe au II^e siècle av. J.-C. Je tenterai de montrer en quoi l'exposé polybien s'apparente et se distingue de la réflexion constitutionnelle à la base du raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l'avis consultatif, rendu en 1998, portant sur la légalité d'une sécession unilatérale du Québec¹.

Pourtant otage de Rome pendant dix-sept ans, afin de garantir la paix avec la Ligue Achéenne, le Grec Polybe en devint l'un des admirateurs les plus inconditionnels. Ses *Histoires*, en quarante livres dont quelques-uns seulement ont survécu, rappellent les événements marquants de la vie romaine durant la période comprise entre environ 220 et 146 av. J.-C. Le *Livre VI* retiendra plus particulièrement mon attention, car il est consacré à un exposé de la constitution républicaine².

¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après *Sécession*) ; <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html>

² Toutes les citations seront tirées de *Polybe, Histoires, Livre VI*, texte établi et traduit par Raymond Weil avec la collaboration de Claude Nicolet, collection des Universités de France, Société d'édition « Les belles lettres », Paris, 1977 (ci-après *Polybe, Histoires, Livre VI*)

Jean Leclair

Cet exposé n'est pas une étude théorique ou philosophique, et encore moins une analyse formellement juridique, de la constitution romaine. Au contraire, Polybe passe sous silence un grand nombre de concepts qu'un juriconsulte romain, comme Cicéron un siècle plus tard, aurait jugés essentiels³. Rien n'est dit, par exemple, de la notion de « magistrature » et d'« auspices », concepts-pivots du « droit public » romain de l'époque. Rien non plus sur l'*imperium*, sur le rôle des comices (ou assemblées), des centuries et des tribus. Pas un mot sur l'opposition entre plébéiens et patriciens ; pas de définitions de la *nobilitas* et des hommes nouveaux. Toutefois, comme l'affirme lui-même Polybe, même un critique « doit convenir que les silences aussi s'expliquent par un choix délibéré, non par l'ignorance »⁴.

Si Polybe ne cherche pas à philosopher, s'il ne s'intéresse qu'indirectement au problème de la stricte légalité, c'est que sa quête est tout autre. Son but, dit-il, est « de discerner et comprendre comment, par l'effet de quelle sorte de régime, presque tout le monde habité a été conquis et est passé en moins de cinquante-trois ans sous une seule autorité, celle de Rome — fait dont on ne découvre aucun précédent »⁵.

³ Pour une description des « silences » de Polybe, lire Claude NICOLET, « Polybe et les institutions romaines », in Emilio GABBA (dir.), *Polybe*, Entretiens sur l'Antiquité classique, Tome XX, Fondation Hardt, Genève, 1974 (p. 209-265), p. 219-222. À propos des différences entre l'exposé polybien et la perception entretenue par les juristes romains, lire Claude NICOLET, *Polybe, Histoires, Livre VI*, p. 149-150 et, du même auteur, « Polybe et les institutions romaines », *op. cit.*, p. 242-243.

⁴ *Polybe* : chap. 11, 8. Comme le souligne Raymond Weil (*Polybe, Histoires, Livre VI*, p. 37-38), ces silences « [...] témoignent de la volonté de l'auteur de grouper en un faisceau démonstratif les seuls faits qui peuvent concourir à cette démonstration : l'histoire est bien ici "apodictique", et elle n'est certes pas "totale". C'est là un aspect du génie de Polybe auquel est bien assorti le but qu'il s'est donné : guider dans le domaine romain des Grecs qui ne sauraient s'y risquer sans aide. La méthode est pleinement consciente : Polybe a demandé d'avance aux lecteurs mieux informés de ne pas critiquer trop vite ses omissions (chap. 11, 3 sq.). »

⁵ *Polybe* : chap. 2, 3. Voir aussi chap. 1, 1-3. Comme le dit Claude Nicolet (*Polybe, Histoires, Livre VI*, p. 241) : « Pour lui, il ne s'agit pas de recueillir pieusement des fictions juridiques — mais nous dirions presque d'opérer ce qu'on appelle une "analyse décisionnelle", d'étudier le "processus de décision" (*decision making*) pour décider exactement ce qui revient à [chacun des] trois organes qu'il voyait tous les jours agir, les magistrats, le Sénat, le peuple. » F.W. WALBANK, « Polybius and the Roman Constitution », *The Classical Quarterly* 37, 1943, (p. 73-89), p. 76 — voir également

Or, pour Polybe, « ...en toute chose la principale cause de la réussite ou de son contraire, c'est le système de la constitution. »⁶ Par « constitution », toutefois, l'auteur n'entend pas référer à un ensemble de pouvoirs formels. L'acception du mot est, pour lui, nettement plus large.⁷ La constitution renvoie bien sûr aux normes juridiques, mais plus généralement aux mœurs d'une société. Polybe l'affirme lui-même : « ...il y a dans toute constitution deux éléments fondamentaux, qui commandent notre préférence ou notre aversion pour les qualités et les structures de la constitution : ce sont les mœurs et les lois. Elles méritent notre préférence quand elles rendent les gens vertueux et raisonnables dans leur vie privée, et qu'elles impriment à l'esprit public dans l'État un caractère d'humanité et de justice ; elles méritent notre aversion dans le cas contraire. »⁸

Polybe cherche donc à démontrer qu'à l'origine des succès de Rome, on trouve sa constitution. Pourquoi au juste ? Quelles sont les caractéristiques de cet ordre constitutionnel garant de la victoire ? Pour bien comprendre la réponse de Polybe à cette question, il faut dire un mot de sa conception « génétique » ou « biologique » des régimes politiques⁹. Selon lui, il est possible de prédire l'avenir des régimes politiques, car ils s'articulent tous en un cycle éternellement recommencé ; phénomène appelé « anacyclose »¹⁰. Il importe de le citer ici *in extenso* :

p. 86, souligne : « Polybius was first and foremost a man of action, who adopted theories to explain what he had observed. »

⁶ Polybe : chap. 2, 9.

⁷ À ce propos, lire Claude NICOLET, « Polybe et les institutions romaines », in Emilio GABBA (dir.), *Polybe, Entretiens sur l'Antiquité classique*, Tome XX, Fondation Hardt, Genève, 1974, p. 216 et *Polybe, Histoires, Livre VI*, p. 15. Au sujet des sources du droit constitutionnel républicain, lire Andrew LINTOTT, *The Constitution of the Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 1-8.

⁸ Polybe : chap. 47, 1-2.

⁹ À ce propos, voir Andrew LINTOTT, *The Constitution of the Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 16-22. Il importe de souligner que Polybe lui-même n'a jamais employé les mots « génétique » ou « biologique » ou encore fait usage de l'expression « constitution mixte » : Raymond WEIL, *Polybe, Histoires, Livre VI*, p. 50.

¹⁰ Polybe réfère à ce concept aux chap. 9 et 10. Pour une analyse de cette notion, lire F.W. WALBANK, *Polybius*, University of California Press, Berkeley, 1972, p. 130 à 156 et Claude NICOLET, « Anacyclose, "progrès de l'esprit", "fin de l'histoire" ? », discours prononcé à l'Institut de France au cours de la séance solennelle de la rentrée 2003 : www.institut-de-france.fr/discours/nicolet.pdf

Jean Leclair

[I]l y a six sortes de constitutions, les trois déjà mentionnées¹¹ [c'est-à-dire, la royauté, l'aristocratie et la démocratie], ... et trois autres qui leur sont liées par nature, à savoir la monarchie, l'oligarchie, l'ochlocratie. La première à se former, par un processus spontané et naturel, est la monarchie ; elle est suivie par la royauté, qui naît d'elle par un processus d'aménagement et de perfectionnement. La royauté se change en la forme mauvaise qui lui est liée par nature, c'est-à-dire en tyrannie¹²; et la chute de ce régime engendre à son tour l'aristocratie. Puis, quand la nature a fait dégénérer celle-ci en oligarchie, et que la masse en colère a puni les crimes des dirigeants, alors naît le régime populaire. Puis enfin les excès et les illégalités de ce régime produisent avec le temps, pour compléter la série, l'ochlocratie. On constatera de la façon la plus nette, pour cette question, qu'elle se présente vraiment comme je viens de le dire, si l'on s'intéresse à l'origine, au devenir et aux changements qui sont naturels dans chaque cas. Seul celui qui aura vu comment chacun des types est engendré naturellement sera capable de voir aussi quand, comment, où se produiront de nouveau le développement, la maturité, la transformation ainsi que la fin de chaque régime.¹³

Rome, affirme Polybe, n'échappera pas à l'inéluctable logique de ce cycle¹⁴. Cette théorie étant posée, Polybe constate que « toute forme de régime simple et reposant sur l'action d'un seul principe ne peut qu'être précaire du fait qu'elle dévie rapidement vers la forme vicieuse qui l'accompagne »¹⁵. En effet, ajoute-t-il, « chaque constitution a un vice qui, par nature, naît en elle et l'accompagne : pour la royauté, c'est

¹¹ Polybe : chap. 3, 5-12 et 4, 1-5.

¹² Raymond Weil et Claude Nicolet semblent d'avis que la tyrannie n'est pas un septième type de régime ; il s'agit plutôt d'une « monarchie, mais décidément mauvaise, tandis que la monarchie primitive, qui précède le schéma classique des six régimes, peut s'améliorer en royauté. » (Polybe, *Histoires, Livre VI*, p. 72, n. 2). F.W. WALBANK, « Polybius and the Roman Constitution », *op. cit.*, p. 78, ne partage pas cet avis. Il soutient au contraire que la tyrannie est bel et bien un septième régime qui fait le pont entre l'ochlocratie et la royauté. Sans renier son opinion, Wallbank ne semble plus aussi catégorique dans son ouvrage intitulé *Polybius, op. cit.*, p. 131-132.

¹³ Polybe : chap. 4, 6-12. Voir également chap. 51, 4 et chap. 57, 1-10.

¹⁴ Polybe : chap. 4, 13; chap. 9, 12-13 et chap. 57.

¹⁵ Polybe : chap. 10, 2.

la tendance dite monarchique, pour l'aristocratie, l'oligarchie, pour la démocratie, la tendance à la sauvagerie et à la force brutale ; et c'est en ces sens-là qu'inévitablement tous les systèmes en question se transforment avec le temps »¹⁶. Toutefois, et c'est là le cœur de la thèse de Polybe, ce qui permet à la Rome républicaine de retarder l'accomplissement de ce cycle, c'est le caractère particulier de son régime constitutionnel.

Bien qu'il ne fasse jamais usage de l'expression, Polybe fonde la supériorité de Rome sur le caractère « mixte » de sa constitution. Plutôt que d'épouser une forme strictement monarchique, oligarchique ou démocratique, la constitution romaine s'inspire des meilleurs éléments de chacun de ces régimes. Polybe résume ainsi sa pensée : « ...trois éléments détenaient le pouvoir dans cette constitution [c'est-à-dire les consuls, le Sénat et le peuple]... ; par leur action, toutes choses respectivement avaient été organisées et étaient menées d'une manière si équitable et appropriée que personne, même parmi les gens du pays, n'aurait pu dire avec certitude si l'ensemble du régime était aristocratique, démocratique ou monarchique. Et cet embarras était bien normal. Car lorsqu'on regardait le pouvoir des consuls, le régime paraissait parfaitement monarchique et royal ; mais d'après le pouvoir du sénat, c'était cette fois une aristocratie ; et si maintenant on considérait le pouvoir du peuple, cela semblait être nettement une démocratie. »¹⁷

Aux yeux de l'auteur, toute la grandeur de Rome tient à ce régime oligarchique modéré¹⁸ que garantit la constitution et aux termes duquel

¹⁶ *Polybe* : chap. 10, 4-5.

¹⁷ *Polybe* : chap. 11, 11-12. Dans une fort intéressante étude, Fergus Millar démontre que la description polybienne de la constitution romaine était conforme à la réalité politique du temps : « The Political Character of the Classical Roman Republic, 200-151 B.C. », *The Journal of Roman Studies* 74, 1984, p. 1-19.

¹⁸ Une lecture des passages établissant une comparaison des pouvoirs respectivement attribués au peuple et au sénat à Carthage et à Rome révèle clairement la préférence de Polybe pour une oligarchie modérée : *Polybe* : chap. 51, 5-8. À ce sujet, voir Andrew LINTOTT, *The Constitution of the Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 22-23. Comme le souligne avec justesse F.W. WALBANK, « Polybius and the Roman Constitution » *op. cit.*, p. 82, il semble contradictoire, de la part de Polybe, d'attribuer les succès de Rome au caractère mixte de sa constitution et d'affirmer, du même

Jean Leclair

aucun des trois organes du pouvoir ne peut prétendre à l'hégémonie. Et c'est là ce qu'il entend prouver. Comme Polybe le dit lui-même, les Romains ont appris, avec le temps, à reconnaître la sagesse de Lycurgue le Lacédémonien qui, le premier, avait élaboré « une constitution qui n'était pas simple et homogène », une constitution qui « réunit à la fois toutes les qualités et les particularités des meilleurs régimes, afin qu'aucun élément ne pût prendre une importance démesurée et dévier vers les vices qui lui étaient naturellement inhérents ; au contraire, l'action de chacun étant contrebalancée par les autres, aucun d'entre eux ne pencherait d'aucun côté et ne créerait de grand déséquilibre ; le régime resterait longtemps équilibré par un jeu de contre-poids, selon le principe, appliqué en toute circonstance, de la compensation... »¹⁹

Voilà, selon Polybe, où loge la supériorité de la constitution romaine. D'où ce silence au sujet de notions qui ne servent pas sa démonstration. D'où l'accent mis, non pas sur les subtilités juridiques ou l'analyse des principes, mais sur les « actions » posées par chacune des « trois parties qui gouvernent », ces trois « réalités concrètes parfaitement identifiables » que sont les consuls, le Sénat et le peuple²⁰. Ce sont moins les « droits » de chacune de ces entités que les rapports de force entre elles qui retiennent son attention. Ce n'est pas le respect de principes supérieurs qui jule la soif de pouvoir de chacune des parties, c'est la

souffle, que la « période de maturité » de la constitution romaine correspond au moment où le pouvoir était entre les mains du sénat.

¹⁹ Polybe : chap. 10, 6-7.

²⁰ Claude Nicolet souligne que ce que l'on traduit en français par le mot « pouvoirs » devrait plutôt être traduit par les périphrases « 'les trois parties qui gouvernent' ou 'qui exercent une autorité' » : « Polybe et les institutions romaines », in Emilio GABBA (dir.), *Polybe, Entretiens sur l'Antiquité classique*, Tome XX, Fondation Hardt, Genève, 1974 (p. 209-265), p. 226. À la même page, il insiste sur le fait que « ces trois parties... ne sont pas des abstractions du genre "pouvoir exécutif" ou "judiciaire", mais les trois têtes des chapitres 12, 13 et 14 : les consuls, le Sénat, le peuple : des réalités concrètes parfaitement identifiables. Chacune de ces parties du corps politique, [...] possède une "part", un "secteur" dans l'État — nous dirions une sphère de compétence, un domaine d'activité. » À la page 226, il insiste sur le pragmatisme de l'analyse polybienne : « on voit que les trois "composantes" de l'État romain ne sont pas la monarchie, l'oligarchie, etc. (des abstractions), mais des 'organes' concrets : consuls, sénat, peuple. »

peur qu'elles éprouvent les unes envers les autres²¹. Rappelant le modèle lacédémonien de Lycurgue, Polybe affirme : « la royauté serait préservée de l'arrogance par sa peur du peuple, qui aurait reçu lui aussi une part suffisante dans le régime, et le peuple de son côté n'oserait pas mépriser les rois, par peur des gérontes [les sénateurs] qui, sélectionnés en fonction du mérite, se rangeraient tous et toujours du côté de la justice ; ainsi, à chaque fois, l'élément que sa fidélité aux traditions désavantagerait, gagnerait en importance et en poids par l'appoint des gérontes qui feraient pencher la balance. »²²

Polybe en conclut que « [t]el étant le pouvoir de chaque élément du système tant pour nuire aux autres que pour collaborer avec eux, il se trouve qu'ils s'harmonisent d'une manière appropriée à toutes les conjonctures, au point qu'il n'est pas possible de découvrir de système politique supérieur à celui-là »²³.

Quel lien peut-on faire entre la conception polybienne de la constitution romaine et le *Renvoi sur la sécession du Québec* ? Commençons par rappeler cette magnifique réflexion de l'auteur grec :

²¹ Comme le dit Claude NICOLET, « Polybe et les institutions romaines », in Emilio GABBA (dir.), *Polybe*, Entretiens sur l'Antiquité classique, Tome XX, Fondation Hardt, Genève, 1974, p. 254-255 : « La recherche des principes disparaît devant la description de la réalité cachée par l'apparence. Cette réalité, c'est celle d'une cité où chacun ne peut rien sans les autres, où chacun redoute les autres, où tous, en cas de péril surtout, sont forcés de collaborer au bien commun. Même si le vocabulaire est emprunté à la philosophie politique grecque, le critère de jugement retenu lui est tout étranger : ce n'est ni "la justice", ni le "devoir", ni même la durée pour elle-même : c'est l'efficacité dans la défense et la conquête. En fin de compte, dans cette "parenthèse" philosophique que constitue le livre VI, ce qui frappe, c'est moins la présence de la philosophie que son absence. »

²² *Polybe* : chap. 10, 8-10.

²³ *Polybe* : chap. 18, 1. L'exposé de Polybe ne comporte-t-il pas une contradiction ? En effet, comme le souligne Raymond Weil (*Polybe, Histoires, Livre VI, op. cit.*, p. 51) : « [...] si la constitution mixte a le pouvoir d'arrêter ou de freiner l'évolution du cycle comme Polybe a semblé le dire, ne peut-elle pas résister à l'évolution biologique ? mais alors à quelles conditions ? » À propos de la controverse soulevée par cette contradiction, si tant est que l'on admette qu'il s'agisse bien d'une contradiction, lire F. W. WALBANK, *Polybius, op. cit.*, p. 133-146.

Jean Leclair

« [d]ans les affaires privées, quand on juge des défauts ou des qualités des gens, et si l'on entend procéder à une critique sincère, on n'examine pas leur vie d'après les périodes de tranquillité et d'insouciance ; au contraire, on s'attache aux vicissitudes des jours d'infortune et aux succès des jours de bonne fortune, parce qu'on estime que l'unique pierre de touche de la perfection chez un homme, c'est qu'il sache supporter avec grandeur et noblesse les changements radicaux de la fortune. Or il faut considérer une constitution de la même façon. »²⁴ Jamais question plus grave que celle de l'éventuel démembrement de l'État canadien n'a été soumise à l'examen de la Cour suprême du Canada. Jamais, selon moi, n'a-t-elle fait preuve d'une plus grande habileté et, je n'hésite pas à le dire, d'une plus grande sagesse.

Pour paraphraser Claude Nicolet qui parlait alors de l'exposé de Polybe, il faut, pour saisir le raisonnement de la Cour suprême du Canada, comprendre « ce [qu'elle] cherche à *expliquer* dans sa démonstration »²⁵.

En l'occurrence, le gouvernement fédéral avait demandé à la Cour si le gouvernement du Québec pouvait, « en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ». Les textes écrits de la Constitution sont silencieux sur cette question de la sécession. Plusieurs s'attendaient alors à ce que la Cour déclare qu'une sécession, si tant est qu'elle puisse être autorisée, exigerait l'assentiment des dix provinces et du Parlement central conformément à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour n'était pas sans savoir, toutefois, qu'une telle réponse aliénerait complètement les Québécois et contribuerait à alimenter, plutôt qu'à affaiblir, leur volonté de rompre avec le Canada. Il lui fallait donc aller au-delà des textes et passer sous silence, pour ainsi dire, la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En revanche, la Cour cherchait également à démontrer que le principe démocratique, entendu comme « la suprématie de la volonté populaire

²⁴ Polybe : chap. 2, 5-6.

²⁵ Claude NICOLET, « Polybe et les institutions romaines », in Emilio GABBA (dir.), *Polybe, Entretiens sur l'Antiquité classique*, Tome XX, Fondation Hardt, Genève, 1974, p. 217.

d'un peuple »²⁶, ne pouvait, à lui seul, autoriser la sécession du Québec sans négociations préalables avec le reste du Canada.

La Cour a donc amorcé son argumentaire en rappelant que les textes composant la Constitution canadienne ne sont pas exhaustifs, la constitution étant également composée de règles non écrites telles que les conventions constitutionnelles et les normes régissant les rouages parlementaires. À cet exposé classique des normes constitutionnelles non écrites, elle a cependant fait l'ajout suivant : l'« architecture interne »²⁷ de la constitution canadienne, affirme-t-elle, repose sur un ensemble de « principes constitutionnels directeurs fondamentaux »²⁸ qui « en sont la force vitale »²⁹. « Ces principes, nous dit-elle, inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées »³⁰.

En guise de préambule à l'identification de ces principes fondamentaux « non écrits »³¹, la Cour insiste sur le caractère « organique », « évolutif » des normes constitutionnelles canadiennes : « 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 [et identifier] les principes constitutionnels sous-jacents »³². Cette recherche d'une légitimité par l'histoire n'était pas étrangère aux Romains³³. La Cour déclare, par la suite, que quatre principes constitutionnels fondamentaux sont pertinents aux fins du renvoi : « le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités »³⁴. Elle les analyse ensuite un à un pour montrer de quelle manière ces différents principes se sont incarnés dans l'ordre

²⁶ *Sécession* : ¶ 61.

²⁷ *Sécession* : ¶ 50.

²⁸ *Sécession* : ¶ 32.

²⁹ *Sécession* : ¶ 51.

³⁰ *Sécession* : ¶ 49.

³¹ *Sécession* : ¶ 52-54.

³² *Sécession* : ¶ 49.

³³ Claude NICOLET, *Les idées politiques à Rome sous la République*, Armand Colin, Paris, 1964, p. 26 : « Toujours, à Rome, nous trouverons mêlés [...] les récits historiques (ou réputés tels) et la littérature politique : cela prouve un certain désir de se créer une légitimité par l'histoire. »

³⁴ *Sécession* : ¶ 49.

Jean Leclair

constitutionnel canadien et déployés comme ils l'ont fait au cours de notre histoire.

Sans recourir à une conception cyclique polybienne, la Cour rappelle cependant à plusieurs reprises que la Constitution canadienne a toujours su s'adapter aux réalités politiques nouvelles et que « [c]es changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique »³⁵. On croirait entendre Polybe lorsqu'il affirme que les Romains n'ont « pas atteint [l'équilibre constitutionnel républicain] par le raisonnement [comme Lycorgue], mais à travers un grand nombre de luttes et d'épreuves ; [et que] c'est précisément de l'enseignement donné par leurs vicissitudes qu'ils ont su tirer chaque fois la solution la meilleure, parvenant ainsi [...] à la plus belle organisation politique de notre temps »³⁶.

Après avoir insisté sur la dimension organique plutôt que strictement formelle de la constitution, après avoir rappelé que l'ordre constitutionnel canadien a été forgé sur l'enclume d'événements politiques auxquels il a toujours su s'adapter – analyse qui, sur ces deux points, s'apparente à l'approche polybienne³⁷, la Cour conclut :

³⁵ *Sécession* : ¶ 33.

³⁶ *Polybe* : chap. 10, 12-14.

³⁷ Il faudrait se garder toutefois d'exagérer les similitudes. Pour Polybe et les Romains de l'époque, la « constitution » ne surplombe pas, pour ainsi dire, l'univers politique, comme le veut le constitutionnalisme contemporain. Elle se veut plutôt « [...] a true reflection of forces in Roman society and of Roman ideology concerning the conduct of politics [...] The constitution of the Republic consisted of far more than statutes: it was based on traditional institutions defined by precedents and examples. These were above all embodied in stories, whether these related to more recent events and had good claims to historicity or were reconstructions of distant events with a strong element of myth. Thus the constitution did not stand above politics like a law-code: it is what the Romans thought to be right and did, and in more senses than one it was the product of history. » [je souligne] (Andrew LINTOTT, *The Constitution of the Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 2 et 26). En outre, la conception organique polybienne fondée sur l'idée que tout régime politique naît, grandit, triomphe et finit par mourir se distingue de la conception organique inspirant les motifs de Cour suprême du Canada. Cette dernière raisonne indubitablement à partir d'une conception organique « à la Edmund Burke », c'est-à-dire qu'elle envisage notre parcours constitutionnel

« [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. »³⁸

En quoi ce qui précède était-il nécessaire à sa démonstration ? C'est ici que le raisonnement de la Cour s'apparente à la fois le plus et le moins au raisonnement de Polybe. Ce dernier, on s'en souviendra, fonde la supériorité de la constitution romaine sur « le jeu de contre-poids » qu'elle autorise entre les trois parties qui gouvernent. La peur sera le moteur de ce système³⁹. La défiance mutuelle des acteurs sera garante de la stabilité du régime. La Cour suprême puisera elle aussi à cette idée de contre-poids, mais contrairement à Polybe qui ne s'intéresse qu'aux actions concrètes des parties agissantes du système, elle s'en inspirera pour opposer les *principes constitutionnels* les uns aux autres. En effet, elle souligne que les quatre principes énoncés plus haut « [...] fonctionnent en symbiose. Aucun [d'entre eux] ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre »⁴⁰. Délaissant donc la stricte légalité, entendue comme la lettre de la constitution, la Cour met l'accent, non pas sur des pouvoirs *de facto* qui se contrebalanceraient les uns les autres, mais sur la coexistence de principes de droit qui s'éteignent mutuellement afin de prévenir les dérapages qu'engendrerait leur application, si la logique propre à chacun d'entre eux était poussée jusqu'à son ultime limite. Contrairement à Polybe qui fonde la supériorité romaine sur l'opposition des autorités concrètes entre elles, la Cour fonde la légitimité de l'action étatique sur l'obligation préalable de concilier les uns avec les autres les principes non écrits de la constitution⁴¹.

comme une « expérience vécue » où la volonté explicite du Législateur n'est pas le seul élément à avoir « constitué » l'État canadien.

³⁸ *Sécession* : ¶ 48.

³⁹ À ce sujet, voir Polybe, *Histoires*, Livre VI, p. 55-56.

⁴⁰ *Sécession* : ¶ 49.

⁴¹ Mon collègue Luc Tremblay, après avoir lu une première ébauche de mon manuscrit, m'a fait une brillante remarque. Comme il ne serait pas honnête de m'attribuer la paternité de cette réflexion, je la reproduis *in extenso* : « Certes, la comparaison entre le

Jean Leclair

La Cour en conclut, dans le contexte du Renvoi, que le principe démocratique ne conférerait pas un droit au Québec de faire "unilatéralement" sécession, c'est-à-dire de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. En effet, pareil geste contreviendrait aux autres principes non écrits de la constitution. Le principe fédéral a institutionnalisé des rapports d'interdépendance politique, économique et sociale qu'on ne peut rompre unilatéralement. La protection du droit des minorités, au nombre desquelles on peut compter les peuples autochtones, devrait aussi faire partie des enjeux de la négociation d'une éventuelle sécession. Enfin, la légitimité d'un projet de sécession fondé sur le principe démocratique requiert l'existence d'un cadre juridique dans lequel cette décision démocratique pourra être prise. En somme, il n'y a pas opposition entre constitutionnalisme et gouvernance démocratique : « Le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques »⁴².

En revanche, si le principe démocratique ne confère pas le droit de faire sécession unilatéralement, la Cour affirme 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

"jeu de contre-poids institutionnel" développé par Polybe – une affaire de fait – et le "jeu de contre-poids des principes" développé par la Cour suprême – une affaire de normes – pourrait être assez complexe. De prime abord, la comparaison est très limitée, car on joue dans deux univers distincts : le fait et la norme. Mais il pourrait être intéressant de pousser l'analyse. Car on pourrait penser que les principes non écrits du *Renvoi sur la sécession*, bien qu'ils soient "normatifs" (ils incarnent des idéaux constitutionnels abstraits que nous devons respecter), n'ont de sens et de valeur que par rapport aux faits, i.e. aux rapports de force qu'ils demandent aux tribunaux d'équilibrer en contexte. En ce sens, les principes peuvent être vus comme de simples étiquettes ou 'miroirs' qui renvoient directement aux faits. Si tel était le cas, la comparaison entre Polybe et le *Renvoi sur la sécession* serait assez puissante : concilier les principes non écrits ne signifierait pas autre chose qu'équilibrer les rapports de force *de facto*. »

⁴² *Sécession* : ¶ 78.

répondre au désir exprimé »⁴³. Le reste du Canada ne pourrait donc pas se retrancher derrière la constitution formelle pour refuser d'engager une discussion avec le Québec. Agir de la sorte équivaldrait à faire prévaloir les autres principes non-écrits au détriment de la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec⁴⁴.

En fondant sa décision sur des principes qui ne peuvent s'exclure les uns les autres, la Cour porte un coup fatal aux positions extrémistes de toutes les parties en cause et les obligent, au contraire, dans l'éventualité d'une expression claire de la volonté des Québécois de faire sécession, à instituer un processus de négociation qui permettra la conciliation des droits et obligations des deux majorités légitimes en présence, « à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit »⁴⁵.

La forte interrelation des quatre principes invoqués par la Cour, il importe de le souligner, n'aboutit pas au statisme. Au contraire, dans le contexte particulier du Renvoi, l'effet conjugué des principes a permis de générer une norme inconnue jusque-là, c'est-à-dire cette obligation de négocier imposée à toutes les parties. En paraphrasant Montesquieu, il serait possible de dire : « Ces trois puissances [ces quatre principes] devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert. »⁴⁶

⁴³ *Sécession* : ¶ 88.

⁴⁴ *Sécession* : ¶ 92.

⁴⁵ *Sécession* : ¶ 93.

⁴⁶ *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI, GF Flammarion, tome I, 1979, p. 302.

Jean Leclair

En conclusion, je dirais que Polybe, tout autant que la Cour suprême, a compris que la médiocrité, au sens où l'entend Anatole France dans le passage suivant, est parfois synonyme de supériorité : « [...] l'aptitude au bonheur n'est pas égale pour tous les hommes. Elle est plus forte [...] chez les médiocres que chez les hommes supérieurs et chez les imbéciles. Il faut souhaiter aux êtres qu'on aime la médiocrité de l'esprit et du cœur, la médiocrité de la condition, toutes les médiocrités. »⁴⁷ Or la médiocrité constitutionnelle, c'est le pouvoir qui arrête le pouvoir, c'est la force d'un principe tempérée par un autre principe d'égale valeur.

Enfin, il est également intéressant de noter que la Cour suprême a reconnu que l'expression de la volonté démocratique de la population du Québec conférerait *légitimité* aux efforts du gouvernement de cette province pour engager un processus de modification de la constitution⁴⁸. Toutefois, rappelle-t-elle, « [c]'est la loi qui crée le cadre dans lequel la 'volonté souveraine' doit être déterminée et mise en œuvre »⁴⁹. Légalité et légitimité s'arc-boutent donc l'une l'autre⁵⁰. Cette association est d'autant plus intéressante, si l'on se rappelle que l'effondrement progressif de la constitution républicaine sera amorcé lorsque Tibérius Gracchus, porté par une cause dont on peut admettre qu'elle était légitime, se fondera sur la souveraineté du peuple romain pour agir en violation des mécanismes constitutionnels décrits par Polybe⁵¹.

⁴⁷ Anatole FRANCE, *La vie en fleur*, Collection « Folio », Gallimard, 1983, p. 232. Dans le manuscrit du roman, France ajoutait : « Si l'on y prend garde on est surpris de voir que sur beaucoup de points le génie et l'imbécillité se touchent » (*ibid.*, p. 282, n. 6).

⁴⁸ *Sécession* : ¶ 87.

⁴⁹ *Sécession* : ¶ 67.

⁵⁰ *Sécession* : ¶ 33.

⁵¹ À propos des violations constitutionnelles reprochées à Tibérius Gracchus, lire Henry C. BOREN, « Tiberius Gracchus : The Opposition View », *The American Journal of Philology* 82, 1961, p. 358-369.

Les Québécois, quant à eux, n'ont pas encore clairement fait vœu de quitter la fédération canadienne. Peut-être ont-ils compris la sagesse de la maxime du poète Hésiode que rapporte Polybe : « C'est la conduite d'un homme sage et raisonnable de reconnaître [...] "combien la moitié vaut mieux que le tout". »⁵²

Jean Leclair
Professeur de droit constitutionnel
Université de Montréal

⁵² Polybe : chap. IIa, 8.