

Edward McWhinney

**Les concepts de la souveraineté
et de l'État à l'ère moderne**

La transcription intégrale du témoignage de Edward McWhinney se trouve dans le *Journal des débats* de la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, n° 28, 12 février 1992

1. Accession à la souveraineté : la reconnaissance en droit international

Certains éléments demeurent constants dans les relations internationales contemporaines. Le système est encore fondé sur l'intervention de certains participants, les États, et constitué en droit international par les actions de leurs semblables, c'est-à-dire par la reconnaissance de la part des autres États. Malgré les efforts visant à poser comme principe l'obligation de reconnaître les États, qui serait fondée sur le droit international (ou, dans certains cas spéciaux, un devoir semblable à ce qu'on appelle la doctrine de non-reconnaissance de Stimson), la reconnaissance repose encore sur la volonté des autres États, qui l'accorderont ou non pour des raisons liées à leurs propres intérêts politiques et économiques et habituellement par déférence pour d'autres «États aux idées semblables» de leur propre groupe régional ou réseau d'alliés militaires. L'entité séparatrice du Biafra, qui est née lors de la guerre civile du Nigeria à la fin des années 1960 et au début des années 1970, rencontrait bon nombre, sinon la plupart des conditions relatives à la reconnaissance que Lauterpacht et d'autres avaient déclarées être les conditions préalables à respecter à cette fin, mais la solidarité politique entre les États occidentaux a eu pour effet de limiter la reconnaissance à quatre autres États, principalement des États francophones et tous les États d'Afrique. La Slovénie et la Croatie rencontraient certainement les critères de droit objectifs liés à leur reconnaissance comme États à la fin de 1991 et c'est le principal motif que le gouvernement allemand a invoqué en faveur de l'octroi général de la reconnaissance de la part des États de la communauté européenne; pourtant, en raison d'une certaine timidité politique chez quelques membres de celle-ci, cette reconnaissance a été reportée jusqu'à la mi-janvier 1992. Comme l'a dit Lauterpacht, étant donné qu'il faut avant tout éviter de créer un fossé impossible à franchir entre la théorie juridique abstraite et les exigences de la politique étrangère nationale (*die normative Kraft des Faktischen*), les autres États devront finir par s'adapter aux nouvelles réalités politiques sans tenir compte de facteurs idéologiques et d'autres facteurs similaires. Pourtant, on accepte encore mal la reconnaissance prématurée (qui, selon la plupart des autorités, va à l'encontre du droit international); on a donc tendance à se montrer prudent avant d'accorder ce statut aux nouveaux participants et on hésite encore davantage lorsqu'on sait que cet octroi risque d'offenser une puissance tutélaire de laquelle une nouvelle entité désire se séparer et avec laquelle on entretient des liens économiques ou politiques importants.

2. Accession au statut d'État : la succession d'États

Le plus souvent, la naissance de nouveaux États dans l'histoire des relations internationales modernes survient lorsqu'un État multinational ou multiculturel s'effondre ou encore lorsqu'une petite collectivité ethno-culturelle minoritaire se sépare d'un État qui survit. Il est évidemment préférable que ces changements se produisent conformément aux règles constitutionnelles établies à cet égard et, autant que possible, d'une façon pacifique. Le passage dans l'ancienne Union soviétique d'un État auparavant monolithique qui se disait fédéral à une association libre d'États indépendants qui se sont eux-mêmes proclamés souverains est un modèle de transition constitutionnelle pacifique, même s'il ne respectait manifestement pas les règles des démarches

constitutionnelles fédérales soviétiques, alors que le processus suivi en Yougoslavie semble contestable pour des motifs qui tiennent autant du droit international que du droit constitutionnel interne. Quelles que soient les restrictions touchant le principe impératif (*Jus Cogens*) de la non-utilisation de la force qui ont été établies par l'exception de la compétence nationale interne relativement à l'application de la Charte des Nations Unies, le bombardement et la destruction délibérés d'une ville désignée par l'UNESCO comme faisant partie de l'héritage mondial et le bombardement au hasard, aérien et autre, de populations civiles ainsi que l'omission de faire la distinction entre les cibles militaires et non militaires vont à l'encontre de principes du droit international tout aussi catégoriques et peuvent donc faire l'objet de poursuites devant une juridiction internationale. Le fait que, d'une part, le conseil de sécurité des Nations Unies n'a pas hésité à autoriser les sanctions militaires lors du récent conflit du Golfe, alors que des mesures de contrôle économiques, non militaires, pouvaient être adoptées d'emblée, et que, d'autre part, il a longuement attendu avant d'imposer une solution pacifique au conflit de la Yougoslavie demeure un curieux paradoxe sur le plan politique. À tout événement, au Canada, la situation juridique est claire : les conflits de nature constitutionnelle doivent être réglés de façon pacifique, conformément au principe de l'interdiction d'utiliser la force et d'autres normes pertinentes du droit international qui restreignent les conflits armés. Ceux qui entravent ces normes ou qui cherchent à autoriser ces contraventions agissent sans protection juridique et peuvent faire l'objet de poursuites appropriées, que ce soit à l'échelle nationale ou internationale.

En plus des normes générales du droit international liées à la non-utilisation de la force ainsi qu'à la répression et à la réglementation de la violence fondée sur des différends ethno-culturels internes, il existe d'autres normes du droit international coutumier bien reconnues au sujet des modalités juridiques touchant la naissance de nouveaux États, la succession d'États ou la situation d'un État qui se sépare d'un État multinational préexistant. Lorsque la succession d'États se fait à l'amiable et de façon pacifique, il sera peut-être possible de déterminer tous les effets et conséquences de cette succession au moyen d'une entente écrite officielle liant l'ancien État et le nouveau. En l'absence d'entente officielle de cette nature, les principes reconnus du droit international sont suffisamment clairs et sont aussi rationnels. Ils prévoient notamment une répartition équitable de la dette nationale selon la répartition relative de la population et des autres ressources entre l'ancien État et le nouveau, le maintien de la légitimité des frontières territoriales internes, selon le principe *Uti possidetis*, l'acceptation des servitudes et droits de passage créés depuis longtemps et dûment prouvés sur l'espace terrestre, aérien et maritime et, d'une façon générale, le respect des droits acquis qui sont de nature territoriale et parfois, de nature non territoriale, du moins sur certains points. Lorsqu'il y a désaccord quant à la portée et à l'application du droit international coutumier à la succession d'États et qu'il n'a pas été possible de s'entendre à l'avance à ce sujet dans une convention officielle écrite entre l'ancien État et le nouveau, selon la pratique actuellement suivie dans les relations diplomatiques internationales, il faudrait assujettir tout conflit résultant du désaccord à un règlement à caractère exécutoire imposé par un tiers, par exemple, par un tribunal d'arbitrage créé spécialement dans ce but, ou, au moyen d'un compromis spécial, par la Cour internationale de justice.

3. Les successions d'États et les traités internationaux

La question de savoir à quel État passent les avantages et obligations découlant des traités internationaux dépend dans une large mesure de l'objet de l'entente concernée. Lorsque celle-ci crée des obligations qui suivent le bien-fonds et qui sont effectivement localisées ou limitées à une partie d'un État existant qui est sur le point de se séparer ou de subir une sécession, seul l'État ayant désormais le contrôle du territoire en question aura droit aux avantages ou sera tenu de se conformer aux obligations découlant du traité initial. Dans le cas de tous les autres accords, il faudra tenir compte de l'intérêt qu'avaient les parties lorsqu'elles ont signé et ratifié l'entente initiale, ce qui, dans bien des cas, ne causera pas de problème, étant donné que les traités renferment habituellement une clause permettant expressément aux États de se retirer sur remise d'un avis approprié.

3.1 L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis

Étant donné que l'Accord visait manifestement à créer un plus grand groupe commercial à l'échelle du continent, les avantages et obligations demeureraient actuellement ceux de l'ensemble du territoire canadien que nous connaissons actuellement, même en cas de modification de son caractère souverain. Étant donné que la période prévue pour la remise des avis de retrait ou de résiliation est assez courte, le problème devient plutôt académique. Toute partie qui désire invoquer un changement de circonstances comme motif l'autorisant à se libérer d'obligations non désirées selon l'Accord pourrait facilement se permettre d'attendre l'expiration des délais prescrits dans l'Accord lui-même.

3.2 OTAN

L'OTAN est à la base une association supranationale qui repose sur une alliance militaire conclue dans un traité multilatéral. De l'avis de plusieurs, en raison de la disparition du fondement contractuel et de la première raison d'être politique de l'OTAN (la guerre froide et la bipolarité politico-militaire Est-Ouest), le Traité lui-même et ses institutions spéciales devraient logiquement disparaître eux aussi. Cependant, hormis les bureaucrates partisans des anciennes idées qui maintiennent en vie des organisations comme l'OTAN, la république russe et d'autres États qui ont succédé à l'ancienne Union soviétique (l'objet initial de l'alliance défensive de l'OTAN) semblent avoir tâté le terrain quant à la possibilité d'adhérer eux-mêmes à l'OTAN. À tout événement, l'OTAN cherche surtout aujourd'hui à s'adjoindre des membres, et non l'inverse. Il veut aussi trouver une justification au maintien de la superstructure militaire et bureaucrate même après la guerre froide, de sorte que les États successeurs qui désirent demeurer au sein de l'organisation n'auront vraisemblablement pas beaucoup d'obstacles juridiques à contourner.

3.3 NORAD

Dans le cas de la NORAD, on peut invoquer à peu près les mêmes arguments juridiques, en y ajoutant le motif de la localisation, à l'échelle du Canada, du fardeau de ses obligations comme territoire faisant partie d'un continent.

3.4 La Francophonie

En tant qu'association politico-culturelle internationale libre ayant son propre fondement linguistique spécial, *la Francophonie* est identifiée au Québec, qui est le siège de la population francophone et l'unique province dont le français est la seule langue officielle. Selon les principes habituels de la succession d'États, l'adhésion à *la Francophonie* passerait automatiquement au Québec si celui-ci devenait souverain par rapport à l'ensemble du Canada. Comme *la Francophonie* cherche elle aussi à accepter d'autres membres et que l'adhésion ne comporte pas d'obligations vraiment onéreuses (qu'elles soient financières ou autres), un Canada sans le Québec pourrait chercher lui aussi, pour des raisons politiques qui le concernent, à devenir membre de *la Francophonie*, au nom des minorités francophones du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et des autres provinces. Il n'y aurait pas d'obstacle juridique ou politique apparent qui s'opposerait à l'octroi de cette nouvelle demande d'adhésion.

3.5 Le Commonwealth des Nations

Les mêmes arguments politiques et juridiques sembleraient s'appliquer avec les changements appropriés au Commonwealth des Nations (l'ancien Commonwealth britannique). Toutefois, le fondement politique du Commonwealth réside dans son association historique antérieure avec l'ancien Empire britannique, comme colonie (et parfois comme dominion autonome) avant l'octroi par la puissance coloniale impériale de la souveraineté et de l'indépendance totales. La création du Commonwealth britannique pendant la période allant de 1926 à 1931 et, subséquemment, du Commonwealth tout court en 1949, était une façon de masquer de manière symbolique et élégante le passage de la souveraineté impériale à l'autonomie politique accordée aux colonies et à leur accession bien planifiée à la souveraineté totale selon le droit international. Si le Québec ne faisait plus partie du Canada, les liens politico-culturels qui l'uniraient désormais à l'ancienne puissance impériale n'auraient plus la même profondeur et les mêmes caractéristiques que dans le cas des provinces anglophones. Le Québec ne deviendrait donc pas automatiquement membre du Commonwealth et il devrait présenter une nouvelle demande, probablement en invoquant la présence de la minorité anglo-saxonne anglophone chez lui. Cependant, encore là, comme l'adhésion ne comporte apparemment pas d'obligations onéreuses et que l'organisme cherche plutôt à accueillir d'autres membres, il est difficile de voir comment ou pourquoi une demande d'adhésion serait refusée.

3.6 Autres obligations découlant des traités internationaux

Dans le cas des autres obligations plus générales qui sont énoncées dans des traités, qui ne sont pas localisées et qui ne vont pas, à première vue, à l'encontre des caractéristiques politiques du nouvel État (voir, ici, les objections que le nouvel État soviétique a formulées après 1917 pour ne pas être tenu responsable des obligations financières prévues dans les anciens traités de la Russie impériale tsariste pour des questions comme l'achat d'armements et de munitions pour la guerre de 1914 contre l'Allemagne impérialiste), la règle normale veut que les traités existants demeurent en vigueur et s'appliquent autant à l'État successeur qu'à l'ancien État qui les a conclus. Selon la pratique habituelle, le nouvel État successeur publie une liste des traités existants qu'il juge encore applicables et exécutoires pour lui. Bien entendu, les autres États ont le droit de protester contre ces déclarations, dans la mesure où elles les concernent, en citant les traités qu'ils ne désirent pas considérer comme des traités directement applicables entre eux et l'État successeur, mais ce type de contestation est peu probable dans le cas des conventions multilatérales générales; en ce qui concerne les traités bilatéraux, il est préférable de régler la question du maintien de leur caractère exécutoire par des négociations bilatérales directes entre les parties.

4. Coexistence d'éléments centripètes et centrifuges dans le monde moderne

En cette fin de XX^e siècle, notre monde se compose d'éléments contradictoires et antithétiques bien caractéristiques d'une période marquée par des changements rapides et fondamentaux. La chute d'États fédéraux multinationaux comme l'Union soviétique et la Yougoslavie et l'apparition d'importants mouvements sécessionnistes dans des États auparavant unitaires, comme la Tchécoslovaquie, sont contrebalancées par l'évolution de l'association politico-économique régionale ou supranationale, la plus impressionnante et apparemment la plus durable étant celle de groupes comme la Communauté européenne, qui s'est formée de façon très pragmatique et empirique dans le but de régler des problèmes précis en procédant par étape au cours d'une période échelonnée sur plusieurs années. Cependant, on aurait tort de présumer que le modèle fédéral appliqué (selon lequel la fédération se voulait délibérément une démarche, ou processus, de fédéralisation plutôt qu'un ensemble statique d'institutions réunies en même temps dans une seule charte fondamentale) représente la seule façon d'atteindre la collaboration économique transnationale à une époque où la reconnaissance de l'interdépendance économique des États a maintenant remplacé les anciens fondements bipolaires de l'ordre public mondial, qui découlaient des tensions de la guerre froide. Il est indéniable que le processus de fédéralisation en Europe de l'Ouest a été facilité et accéléré par le règlement des problèmes et conflits territoriaux historiques à l'intérieur de l'Europe occidentale elle-même, et entre l'Europe de l'Ouest et l'Europe de l'Est par les traités *Ostpolitik* (entre l'Allemagne de l'Ouest et ses voisins de l'Est, dont l'Union soviétique) et par l'Acte final d'Helsinki de 1975. Le traité de 1990 concernant la réunification des deux Allemagnes («Two-Plus-Four Treaty») a mis un point final à la délimitation des frontières comme condition préalable à l'expansion de la Communauté européenne pour qu'elle devienne une plus grande association économique paneuropéenne ou un

marché commun. Cependant, il en est autrement en Asie et dans les pays côtiers du Pacifique, où les conflits territoriaux non résolus et les différends connexes ont eu pour effet d'empêcher l'intégration ou l'unification politique, si bien que l'on s'est tourné vers une interdépendance économique fondée sur la diversité politique, sociale et culturelle de chacun des États et sous-régions et sur leurs différences quant au stade de développement économique.

Le degré de coopération et de complémentarité dans l'application des programmes économiques demeure malgré tout impressionnant. Il traduit la même réalité moderne que les chefs politiques de l'ancienne Union soviétique ont reconnue en abandonnant un système fédéral renouvelé (bien que, selon le modèle Gorbachev, il se serait agi d'un système fédéral pluraliste beaucoup plus décentralisé) comme solution constitutionnelle aux problèmes actuels de leur pays au profit d'une association d'États souverains plutôt dépourvue de formalisme, de structures et surtout d'institutions, qui cherchera dans la mesure du possible à préserver les éléments encore utiles de l'infrastructure économique fédérale antérieure, c'est-à-dire les politiques communes ou coordonnées en matières financière et bancaire, le marché commun interne sans barrières tarifaires ou commerciales internes inutiles et un système intégré de transport et de fourniture de marchandises et de services au-delà des frontières nationales. Comme la réalisation de ces objectifs économiques correspondrait à un déni ou à un affaiblissement des revendications traditionnelles en matière de souveraineté, on peut se demander jusqu'à quel point le passage d'un système fédéral soviétique à un Commonwealth d'États souverains théoriquement indépendants équivaldrait vraiment à un changement important sur le plan constitutionnel.

De plus en plus, dans ce nouveau monde de l'après-guerre froide caractérisé par l'interdépendance économique, la souveraineté des États devient un peu artificielle et utopique, tandis que les États et leurs chefs politiques continuent à faire ce qui leur vient naturellement sur le plan commercial sans trop se préoccuper des formes et du protocole juridico-constitutionnels classiques. Certains participants des systèmes constitutionnels pluralistes complexes, comme les villes, établiront des liens bilatéraux directs au-delà des frontières nationales; pour leur part, les sociétés commerciales gouvernementales et les grandes entreprises privées feront affaires ensemble sur une base transnationale sans l'intervention juridique directe de leurs gouvernements, comme l'avait laissé présager quelques décennies plus tôt, au cours des années obscures qui ont précédé la reconnaissance générale par les États de la République populaire de Chine, la panoplie de contrats et d'accords commerciaux conclus directement entre des sociétés nationales ou multinationales occidentales et les sociétés d'État de la République populaire de Chine. De même, les nouveaux États qui n'ont pas la chance de faire partie de marchés communs régionaux ou d'autres communautés économiques institutionnalisées chercheront à maximiser leurs relations commerciales externes en adhérant à plusieurs associations politiques et économiques régionales ou interrégionales.

5. En résumé : le manque de pertinence croissant de la souveraineté à une époque marquée par l'interdépendance économique

a) La souveraineté est établie de façon juridique par la reconnaissance accordée par les autres États. Même si les États agissent habituellement rapidement en réaction à des faits objectifs, la décision demeure subjective et des facteurs liés aux possibilités commerciales futures ainsi qu'aux pressions négatives exercées par des alliés politiques jouent un rôle prépondérant.

b) L'accession à la souveraineté par un État qui faisait précédemment partie d'un plus grand État multinational se fait habituellement au moyen d'une entente bilatérale officielle entre le nouvel État et la puissance tutélaire initiale. En l'absence d'accord spécial de cette nature, la question pourra être réglée par le droit international coutumier, la plupart des principes juridiques de la succession d'États étant clairs, rationnels et équitables. Dans ces situations, on s'en remet habituellement à un tiers indépendant pour le règlement des conflits, qu'il s'agisse d'un tribunal d'arbitrage international spécial ou de la Cour internationale de justice.

c) Les traités ou les accords spéciaux concernant la succession d'États comprennent parfois une garantie officielle quant au respect des droits des minorités et une clause prévoyant le renvoi des conflits à ce sujet devant une tierce partie indépendante faisant autorité à l'échelle internationale (comme dans le cas des traités conclus après la Première Guerre mondiale, qui prévoyaient le renvoi à la Cour permanente de justice internationale alors en place).

d) Pour améliorer leurs relations internationales, les États cherchent à adhérer à plusieurs organisations «régionales» internationales et à des organisations créées par traités, qu'elles soient de nature géographique, culturo-linguistique, économique ou politico-idéologique. Pour leur part, ces organisations cherchent à accueillir le plus grand nombre possible de membres pour maximiser leur influence et leur pouvoir de vote collectif au sein de tribunes internationales officielles comme les Nations Unies, l'UNESCO, la FAO et le GATT.

e) Nous vivons aujourd'hui dans un monde de contrastes et d'antithèses où coexistent, d'une part, de fortes tendances centripètes vers l'intégration et l'association régionales ou supranationales et vers l'association visant à répondre à des besoins économiques et commerciaux communs et, d'autre part, de fortes pressions centrifuges marquées par la chute ou la sécession d'États multinationaux et théoriquement fédéraux qui étaient auparavant très centralisés. Les tendances centripètes empruntent cependant des voies bien différentes en Europe de l'Ouest, où l'on a plutôt cherché à constitutionnaliser ou à fédéraliser la démarche, et en Asie et dans les pays côtiers du Pacifique où, pour différentes raisons historiques, on a davantage mis l'accent sur la coopération fonctionnelle sans structure officielle, qu'elle soit bureaucratique ou gouvernementale, et sur l'action volontaire et naturelle des États de la région qui cherchent à satisfaire réciproquement leurs propres intérêts économiques.

f) Les exemples très contradictoires du fédéralisme et de la démarche fédérale, tant à l'échelle régionale (supranationale) qu'à l'échelle nationale, indiquent que l'État qui se préoccupe

des symboles de l'autonomie gouvernementale néglige bien souvent la nécessité, en pratique, de promouvoir les intérêts réciproques de différentes collectivités ethno-culturelles qui demeurent dans un monde de plus en plus interdépendant. Comme le démontre l'expérience vécue par l'ancienne Union soviétique, si l'objectif consiste à maintenir un marché commun interne et des politiques fiscales et commerciales communes, le fait que cet objectif sera atteint dans un État fédéral renouvelé largement décentralisé ou une sorte de Commonwealth d'États souverains indépendants n'a peut-être pas beaucoup d'importance. En termes pratiques, le défi que l'élite politique doit relever devient celui de quantifier le coût politique et social de chaque solution de rechange et de faire son choix par une simple comparaison des gains et des pertes, quitte à laisser aux futurs spécialistes de l'histoire constitutionnelle le soin de conceptualiser la démarche.