

NOTES AND COMMENTS / NOTES ET COMMENTAIRES

Le *Scotland Act Reference*, les référendums sur l'indépendance et le droit à l'autodétermination des peuples

The *Scotland Act Reference*, independence referendums, and the right of peoples to self-determination

Daniel Turp

Professeur émérite, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, QC, Canada
Email: Daniel.turp@umontreal.ca

Résumé

Le jugement rendu par la Cour suprême du Royaume-Uni le 22 novembre 2022 dans le *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998* n'est pas passé inaperçu au Canada et au Québec. Sans doute est-ce en raison du fait que le tribunal de dernier ressort du Royaume-Uni était invité à statuer sur une question relative à l'organisation d'un référendum sur l'indépendance, comme s'y était penché la Cour suprême du Canada dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, mais aussi et surtout parce que le tribunal suprême britannique fait référence à ce dernier *Renvoi* dans le développement qu'il consacre au droit international. Le présent article situe le *Scotland Act Reference* dans son contexte politique et examine ensuite le jugement de la Cour suprême du Royaume-Uni sous l'angle du droit international.

Mots-clés: Écosse- Référendum; autodétermination; peuples; Québec; Cours suprêmes du Royaume-Uni et du Canada

Abstract

The judgment handed down by the UK Supreme Court on 22 November 2022 in *Reference by the Lord Advocate of Devolution Issues under Paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998* has not gone unnoticed in Canada and Québec. This was no doubt because the United Kingdom's court of last resort was being asked to rule on a question relating to the organization of a referendum on independence, as the Supreme Court of Canada had done in its *Reference re the Secession of Quebec* as well as, and above all, because the UK Supreme Court refers to the latter reference in its development of international law. This article places the *Scotland Act Reference* in its political context and then examines the UK Supreme Court's judgment from the perspective of international law.

Keywords: Scotland; referendum; self-determination; peoples; Québec; Supreme Courts of the United Kingdom and Canada

1. Le Scotland Act Reference et le référendum sur l'indépendance: le contexte politique

Si l'option de l'indépendance prônée par le Scottish National Party (SNP) a été rejetée par le peuple écossais lors du référendum du 18 septembre 2014 organisé en application de l'*Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a Referendum on Independence for Scotland*,¹ les velléités d'indépendance de la nation des Îles britanniques sont réapparues à la suite de l'élection d'une majorité parlementaire favorable à l'indépendance lors de l'élection législative écossaise du 5 mai 2016.² Mais cette poussée indépendantiste s'est accrue en raison du vote favorable au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (Brexit), les Écossais et Écossaises manifestant à plus de 62 pour cent leur opposition à ce retrait lors du référendum du 23 juin 2016.³

Invoquant le "material change of circumstances" que constituait ce retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et qui pouvait ainsi justifier, comme elle l'avait indiqué avant la tenue de l'élection législative écossaise de 2016, la Première ministre Nicola Sturgeon plaidait pour la tenue d'un deuxième référendum d'indépendance.⁴ Elle obtenait d'ailleurs l'approbation du Parlement écossais pour demander l'adoption d'un décret en vertu de l'article 30 du *Scotland Act* de façon à pouvoir organiser un deuxième référendum d'indépendance lorsque la forme de l'accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne deviendra claire.⁵ Cette première demande recevait une fin de non-recevoir de la part de la Première ministre Theresa May.⁶ Cette demande avait été précédée de la publication par le gouvernement de Nicola Sturgeon d'un livre blanc intitulé *Scotland's Right to Choose: Putting Scotland's Future in Scotland's Hands*.⁷ Présentant un plan détaillé pour la tenue d'un deuxième référendum sur l'indépendance, ce livre blanc appelait notamment le gouvernement

¹ *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a Referendum on Independence for Scotland*, 15 octobre 2012, en ligne: <assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/313612/scottish_referendum_agreement.pdf>.

² Cette majorité était constituée de soixante-trois députés et députées du le Scottish National Party (SNP) et de deux élus des Scottish Greens, soit soixante-cinq des 129 membres du Parlement écossais. Voir Chris Green, "Nicola Sturgeon to Lead Minority Government after SNP Falls Short," *iNews* (6 mai 2016), en ligne: <inews.co.uk/news/politics/nicola-sturgeon-lead-minority-government-snp-falls-short-5873>.

³ Voir "EU Referendum: Scotland Backs Remain as UK Votes Leave," *BBC News* (24 juin 2016), en ligne: <www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-36599102>.

⁴ Voir le discours de la Première ministre Sturgeon prononcé le 13 mars 2017 et intitulé "Scotland Must Have Choice over Future," *Scottish Government* (13 mars 2017), en ligne: <www.gov.scot/news/scotland-must-have-choice-over-future>.

⁵ *Scotland Act 1998* (UK), c 46. Cette motion était adoptée par soixante-neuf voix en faveur et cinquante-neuf voix contre. Voir "Scottish Parliament Backs Referendum Call," *BBC News* (28 mars 2017), en ligne: <www.bbc.com/news/uk-scotland-39422747>. Voir aussi la "Section 30 letter" que la Première ministre écossaise Nicola Sturgeon faisait parvenir à la Première ministre britannique Theresa May deux jours plus tard, le 30 mars 2017, et qui est accessible en ligne à l'adresse <www.gov.scot/news/section-30-letter>. Et le discours de la Première ministre Sturgeon prononcé le 13 mars 2017. "Scotland Must Have Choice," *supra* note 4.

⁶ Voir Heather Stewart, Peter Walker, and Severin Carrell, "Theresa May Rejects Nicola Sturgeon's Referendum Demand," *The Guardian* (16 mars 2017), en ligne: <www.theguardian.com/politics/2017/mar/16/theresa-may-rejects-nicola-sturgeons-scottish-referendum-demand>.

⁷ Nicola Sturgeon, "Scotland's Right to Choose: Putting Scotland's Future in Scotland's Hands," *Scottish Government* (2019), en ligne: <www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/corporate-report/2019/12/scotlands-right-choose-putting-scotlands-future-scotlands-hands.pdf>.

britannique à “entamer des discussions sur le mandat du gouvernement écossais pour donner un choix au peuple écossais, et à convenir d’une législation avec le gouvernement écossais qui mettrait hors de doute le droit du Parlement écossais à légiférer pour un référendum sur l’indépendance.”⁸

Après l’élection générale britannique du 12 décembre 2019 qui reportait au pouvoir le Parti conservateur dirigé dorénavant par Boris Johnson, mais à l’occasion de laquelle le SNP obtenait quarante-sept des cinquante-neuf sièges écossais à la Chambre des communes, le gouvernement de Nicola Sturgeon faisait savoir qu’il formulerait une nouvelle demande d’adoption d’un décret en application de l’article 30 pour lui permettre d’organiser un deuxième référendum sur l’indépendance. Les Écossais et Écossaises se révéleront de plus en plus favorables à l’accession de l’Écosse à l’indépendance selon les sondages effectués dans les mois suivant la conclusion de l’*Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord de l’Union européenne et de la Communauté européenne de l’énergie atomique*⁹ En octobre 2020, la proportion de la population souhaitant l’indépendance atteindra 58 pour cent, selon un sondage de l’IPSOS Scottish Political Monitor/STV News.¹⁰ Dans ce même sondage, près de deux tiers (64 pour cent) des Écossais et Écossaises estimeront que le gouvernement du Royaume-Uni devrait autoriser la tenue d’un nouveau référendum sur l’indépendance dans les cinq prochaines années si le SNP remportait une majorité de sièges lors des élections législatives écossaises de 2021.

Suite à l’élection législative du 6 mai 2021 et s’appuyant sur une majorité parlementaire composée de soixante-quatre élus et élues du SNP et de huit députés et députées des Scottish Greens dans un Parlement écossais comptant 129 sièges, la Première ministre Nicola Sturgeon concluait le 20 août 2021 un accord de partage de pouvoir (“*power-sharing agreement*”) avec les Scottish Greens. Connu comme le *Bute House Agreement*,¹¹ cet accord contenait en outre un engagement à tenir un deuxième référendum sur l’indépendance écossaise avant 2026, et si possible avant la fin de 2023. Elle dévoilait le 14 juin 2022 un premier livre blanc présentant une analyse détaillée des performances du Royaume-Uni au regard d’une série d’indicateurs économiques et sociaux par rapport à celles de dix pays européens.¹²

⁸ *Ibid* at 22 [traduction] (“enter discussions about the Scottish Government’s mandate for giving the people of Scotland a choice, and to agree legislation with the Scottish Government that would put beyond doubt the Scottish Parliament’s right to legislate for a referendum on independence”).

⁹ *Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord de l’Union européenne et de la Communauté européenne de l’énergie atomique*, 17 octobre 2019 (entrée en vigueur: 31 janvier 2020), en ligne: <[eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12019W/TXT\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12019W/TXT(02))>. Voir Perspective Mondiale, *Entrée en vigueur du Brexit entre le Royaume-Uni et l’Union européenne* (1^{er} janvier 2021).

¹⁰ Voir “Ipsos’s Scottish Political Monitor, Run in Partnership with STV News, Finds the Highest Level of Support for Independence yet Recorded among the Scottish Public,” *IPSOS* (14 octobre 2020), en ligne: <www.ipsos.com/en-uk/record-public-support-scottish-independence>.

¹¹ *Cooperation Agreement between the Scottish Government and the Scottish Green Party Parliamentary Group et un Scottish Government and Scottish Green Party — Shared Policy Programme*, en ligne: <www.gov.scot/publications/scottish-government-and-scottish-green-party-shared-policy-programme>. Sur cet accord, voir Nicola McEwen, “Scotland’s Green Party and National Party: A New Agreement,” *Centre on Constitutional Change* (2 septembre 2021), en ligne: <www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/news-and-opinion/scotlands-green-party-and-national-party-new-agreement>.

¹² “Independence in the Modern World- Wealthier, Happier, Fairer: Why Not Scotland?,” *Scottish Government* (June 2022), en ligne: <www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/

La première ministre écossaise annonçait le 28 juin 2022 son intention de tenir un deuxième référendum sur l'indépendance écossaise le 19 octobre 2023.¹³ Elle rendait public, le même jour, le texte du *Scottish Independence Referendum Bill*¹⁴ et faisait parvenir une nouvelle "Section 30 letter" au Premier ministre Boris Johnson. Celui-ci refusait à son tour la demande de Nicola Sturgeon et, dans sa réponse du 8 juillet 2022, affirmait: "J'ai examiné attentivement les arguments que vous avez présentés en faveur d'un transfert de pouvoir du Parlement britannique au Parlement écossais pour organiser un nouveau référendum sur l'indépendance. Alors que notre pays est confronté à des changements sans précédent, [...] je ne peux pas accepter que le moment soit venu de revenir sur une question à laquelle le peuple écossais a clairement répondu en 2014."¹⁵

Devant le refus du premier ministre britannique, la Première ministre Sturgeon déclarait le 29 juin 2022 que son gouvernement devait s'efforcer "d'accélérer le processus jusqu'à ce qu'il dispose d'une clarté juridique, d'un fait juridique [...] [e]t surtout, ce faisant, établir et sauvegarder la capacité de ce Parlement à organiser un référendum à la date proposée."¹⁶ Elle insistait de même sur le fait que l'Écosse était déterminée à suivre la voie de la légalité sur le chemin de l'indépendance. Dès lors, et en application de l'article 34 de la sixième Annexe du *Scotland Act* qui permet de référer à la Cour suprême du Royaume-Uni toute matière relative à la dévolution

[research-and-analysis/2022/06/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland/documents/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland/govscot%3Adocument/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland.pdf](https://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/research-and-analysis/2022/06/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland/documents/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland/govscot%3Adocument/independence-modern-world-wealthier-happier-fairer-not-scotland.pdf). Intitulé *Renewing Democracy through Independence*, un deuxième livre blanc était publié (14 juillet 2022), en ligne: <www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/research-and-analysis/2022/07/renewing-democracy-through-independence/documents/renewing-democracy-through-independence/renewing-democracy-through-independence/govscot%3Adocument/renewing-democracy-through-independence.pdf>. Un troisième l'était sous le titre "A Stronger Economy with Independence," *Scottish Government* (17 octobre 2022), en ligne: <www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/research-and-analysis/2022/10/building-new-scotland-stronger-economy-independence/documents/building-new-scotland-stronger-economy-independence/building-new-scotland-stronger-economy-independence/govscot%3Adocument/building-new-scotland-stronger-economy-independence.pdf>; et un quatrième "Creating a Modern Constitution for an Independent Scotland," *Scottish Government* (19 juin 2023), en ligne: <www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/research-and-analysis/2023/06/building-new-scotland-creating-modern-constitution-independent-scotland/documents/creating-modern-constitution-independent-scotland/creating-modern-constitution-independent-scotland/govscot%3Adocument/creating-modern-constitution-independent-scotland.pdf>.

¹³Voir "L'Écosse veut un référendum sur l'indépendance en octobre 2023," *Radio-Canada* (28 juin 2022), en ligne: <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1894329/ecosse-referendum-independance-politique-octobre-2023-nicola-sturgeon>.

¹⁴*Scottish Independence Referendum Bill*, en ligne: <www.gov.scot/publications/scottish-independence-referendum-bill>. Sur ce projet de loi, voir Scottish Parliament, "A Second Independence Referendum," *Spice Spotlight* (29 juin 2022), en ligne: <spice-spotlight.scot/2022/06/29/a-second-independence-referendum>.

¹⁵"Letter to the Right Honourable Nicola Sturgeon," en ligne: <assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1088853/Letter_to_The_Right_Honourable_Nicola_Sturgeon.pdf> [traduction].

¹⁶Le texte original de cette déclaration se lit comme suit: "We must seek now to accelerate to the point when we have legal clarity; legal fact. And crucially, in doing so establish and safeguard the ability of this Parliament to deliver a referendum on the date proposed." Voir "Supreme Court Receives Reference on New Independence Bill," *Scottish Legal News* (29 juin 2022), en ligne: <www.scottishlegal.com/articles/supreme-court-receives-reference-on-new-independence-bill> [traduction].

(“any devolution issue”), la Lord Advocate d’Écosse, Dorothy Bain, transmettait à cette cour une demande de renvoi invitant celle-ci à statuer sur le droit du Parlement écossais de légiférer pour organiser un référendum sur l’indépendance.

Cinq mois plus tard, le 22 novembre 2022, la Cour suprême du Royaume-Uni statuait, à l’unanimité, que le Parlement écossais ne détenait pas la compétence de légiférer pour organiser un tel référendum sur l’indépendance.¹⁷ Si, comme nous le verrons, le jugement est fondé essentiellement sur le droit interne britannique et les dispositions du *Scotland Act*, le tribunal consacrera une partie de son analyse au droit international et, en particulier, à l’avis de la Cour suprême du Canada dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.¹⁸

2. Le *Scotland Act Reference* et l’autodétermination des peuples: le droit international

Le jugement du 22 novembre 2022 de la Cour suprême du Royaume Uni traita d’abord deux questions préliminaires. La première était de savoir si la Lord Advocate d’Écosse disposait du pouvoir de poser à la cour la question de savoir si une législation référendaire visant à permettre une consultation sur l’indépendance de l’Écosse et invitant les Écossais et Écossaises à voter en faveur ou contre la question formulée à l’article 2 du projet de loi: “L’Écosse doit-elle être un pays indépendant? (“Should Scotland be an independent Country?”). La deuxième était de savoir s’il y avait des raisons de ne pas formuler de réponse même si le droit de poser une telle question était reconnue.

Après avoir répondu favorablement à deux questions préliminaires, la Cour suprême du Royaume-Uni procédait à répondre à la question de fond, à savoir si la législation sur le futur référendum écossais sur l’indépendance portait sur des “questions réservées” au sens de l’article 1 de l’annexe 5 du *Scotland Act* et plus précisément sur ses alinéas (b) et (c) relatifs à l’“Union des Royaumes d’Écosse et d’Angleterre” et au “Parlement du Royaume-Uni.” Sur ces deux matières réservées et après avoir affirmé que “la question de savoir si l’Écosse doit devenir un pays indépendant [...] englobe évidemment la question de savoir si l’Union entre l’Écosse et l’Angleterre doit prendre fin et si l’Écosse doit cesser d’être soumise à la souveraineté du Parlement du Royaume-Uni;”¹⁹ la Cour conclut de la façon suivante:

¹⁷Voir Stuart Nicholson, “Independence Referendum: Scottish Government Loses Court Case,” *BBC News* (23 novembre 2022), en ligne: <www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-63727562>.

¹⁸*Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, en ligne: <scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index.do> [*Renvoi sur la sécession du Québec*]. Il est intéressant de noter qu’un autre tribunal avait été invité à statuer sur la question de la compétence du Parlement écossais de légiférer pour organiser un référendum sur l’indépendance dans le cadre d’un recours exercé par un citoyen avant même que *Scottish Independence Referendum Bill* ait été présenté au Parlement. Dans l’opinion qu’elle formulait le 5 février 2021 au nom de la Outer House, Lady Carmichael statuait que “[t]he action is [...] hypothetical, academic, and premature, and the pursuer lacks standing to bring it.” Elle ajoutait: “I would have reached the same conclusion even if a draft bill were available for consideration.” Voir *Keatings v (First) Lord Advocate General for Scotland and (Second) The Lord Advocate*, [2021] CSOH 16 au para 139, en ligne: <www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2021csoh016.pdf?sfvrsn=0>. Voir aussi “Case Dismissed as ‘Hypothetical’ by Court,” *BBC News* (5 février 2021), en ligne: <www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-55955965>.

¹⁹*Reference by the Lord Advocate of Devolution Issues under Paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998*, [2022] UKSC 31 au para 77, en ligne: <www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2022-0098-judgment.pdf>

S'agissant de la question de savoir si le projet de loi est lié à l'Union, et en déterminant cette question par référence à l'objet du projet de loi, compte tenu de son effet dans toutes les circonstances, nous n'avons aucun doute quant à la réponse. Il est évident qu'un projet de loi qui prévoit un référendum sur l'indépendance — sur la fin de l'Union — a plus qu'un lien ténu ou indirect avec l'Union de l'Écosse et de l'Angleterre. Cette conclusion est renforcée par l'effet d'un tel référendum. Comme nous l'avons expliqué au point 74 ci-dessus, ce ne sont pas seulement les effets juridiques qui sont pertinents dans le contexte de l'article 29 (3). Un référendum tenu légalement serait un événement politique avec des conséquences politiques. Il est tout aussi évident qu'un projet de loi qui prévoit un référendum sur l'indépendance — sur la fin de la souveraineté du Parlement du Royaume-Uni sur l'Écosse — a plus qu'un lien ténu ou indirect avec la souveraineté de ce Parlement.²⁰

Ce n'est qu'après avoir tranché cette question de fond que la Cour s'intéresse aux arguments de droit international présentés par le SNP dans le cadre d'une intervention du parti indépendantiste écossais autorisée par la Cour suprême du Royaume-Uni. Dans ses *Written Submissions*,²¹ le SNP s'emploie à convaincre le tribunal de faire appel aux normes du droit international, en particulier celles reconnaissant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, pour interpréter le *Scotland Act* conformément — et non contrairement — à ce droit.

Le SNP cite à cet effet la *Charte des Nations Unies*, la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux* contenue dans la résolution 1514 de l'Assemblée générale des Nations Unies et les *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, omettant toutefois de faire mention de 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 (Déclaration sur les relations amicales)*.²² Il met aussi de l'avant les opinions individuelles de deux magistrats de la

[*Scotland Act Reference*] (“[t]hat question evidently encompasses the question whether the Union between Scotland and England should be terminated, and the question whether Scotland should cease to be subject to the sovereignty of the Parliament of the United Kingdom”).

²⁰*Ibid* au para 82 [traduction] (“82. Turning, then, to the question whether the Bill relates to the Union, and determining that question by reference to the purpose of the Bill, having regard to its effect in all the circumstances, we are in no doubt as to the answer. It is plain that a Bill which makes provision for a referendum on independence — on ending the Union — has more than a loose or consequential connection with the Union of Scotland and England. That conclusion is fortified when regard is had to the effect of such a referendum. As we have explained at para 74 above, it is not only legal effects that are relevant in the context of section 29(3). A lawfully held referendum would be a political event with political consequences. It is equally plain that a Bill which makes provision for a referendum on independence — on ending the sovereignty of the Parliament of the United Kingdom over Scotland — has more than a loose or consequential connection with the sovereignty of that Parliament”).

²¹Voir “The SNP’s Supreme Court Submission on the Independence Referendum,” *Scottish National Party* (26 septembre 2022) aux paras 2.1, 8.3, en ligne: <www.snp.org/the-snps-supreme-court-submission-on-the-independence-referendum> [“SNP’s Submission”].

²²*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7 (entrée en vigueur: 24 octobre 1945); *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 RTNU 3; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 RTNU 171; *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Doc. off. A.G. 25^e session, supp. n° 28, p. 131, Doc NU A/5217 (1970) [*Déclaration sur les relations amicales*].

Cour internationale de Justice, soit celle du juge Patrick Robinson dans l'avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*²³ et celle du juge Antonio Cançado Trindade dans l'avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*.²⁴ Le SNP rappelle aussi que dans les observations formulées par le gouvernement du Royaume-Uni dans le cadre de ce dernier avis consultatif, ce dernier avait concédé que le droit international "n'interdit pas, [...] en général, la sécession ou la séparation, ni ne garantit l'unité des États prédécesseurs contre les mouvements internes conduisant à la séparation ou à l'indépendance avec l'appui des peuples concernés."²⁵

S'efforçant de définir la notion de peuple et tentant de démontrer que les Écossais et Écossais forment un peuple, le SNP conclut son argumentation fondée sur le droit international ainsi:

8.1.1 Le peuple écossais est "un peuple" au sens du droit à l'autodétermination;
8.1.2. Le peuple écossais a donc droit à la protection de son droit à déterminer librement "son statut politique et à poursuivre librement son développement économique, social et culturel;

8.1.3. Ce droit est inaliénable et ne peut être retiré au peuple écossais; et

8.1.4. Lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'interprétation du *Scotland Act 1998*, il y a une forte présomption qu'il faut donner à cette loi une interprétation qui n'empêche pas le peuple écossais d'exercer son droit et qui ne lui rend pas la tâche excessivement difficile, par exemple en subordonnant son droit à l'autodétermination à l'approbation d'un autre "peuple" [...];

8.2 En plus d'être conforme aux normes juridiques internationales, l'interprétation étroite de l'expression "se rapporte à" est conforme à l'exercice d'interprétation législative requis par l'article 101 de la loi de 1998 et elle est conforme à l'objectif primordial de la législation sur la dévolution. L'interprétation plus large de l'expression "se rapporte à" ne satisfait à aucune de ces exigences.

8.3. En réponse aux questions posées par le Lord Advocate, l'intervenant soutient donc que la Cour devrait juger que le Parlement écossais peut légiférer sur un référendum non-exécutoire sur l'indépendance de l'Écosse et que, par conséquent, le projet de loi sur le référendum sur l'indépendance de l'Écosse ne concerne pas (i) l'Union des royaumes d'Écosse et d'Angleterre, ou (ii) le Parlement du Royaume-Uni aux fins du *Scotland Act 1998*.

Réfutée par Her Majesty's Advocate General for Scotland,²⁶ l'argumentation du SNP fondée sur le droit international ne sera pas non plus retenue par les juges de la cour

²³[2019] CIJ Rec 95. "SNP's Submission," *supra* note 21 au para 3.4 (les propos du juge Patrick Robertson sont cités).

²⁴*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, [2010] CIJ Rec 403 [*Kosovo*]. "SNP's Submission," *supra* note 21 au para 3.6 (les vues du juge Antônio Augusto Cancado Trindade sont citées quant à elles).

²⁵Voir "SNP's Submission," *supra* note 21 au para 3.7.

²⁶Voir "Policy Paper Written Response on Behalf of HM Advocate General for Scotland to SNP Intervention," UK Supreme Court Case n° 2022/0098 (11 octobre 2022), en ligne: <www.gov.uk/government/publications/supreme-court-case-no-20220098-written-submission/written-response-on-behalf-of-hm-advocate-general-for-scotland-to-snp-intervention-uksc-20220098>. Dans cette réponse et plus

suprême britannique, statuant d'ailleurs à l'unanimité.²⁷ Après avoir rappelé qu'est bien établie "[l]a forte présomption en faveur d'une interprétation de son droit interne qui ne place pas le Royaume-Uni en situation de violation de ses obligations en matière de droit international"²⁸ et qu' "[e]n cas d'ambiguïté dans une disposition légale opérant dans un domaine où le Royaume-Uni est lié par une obligation conventionnelle, la présomption de conformité avec le droit international s'appliquera à l'interprétation de cette disposition légale,"²⁹ le tribunal ajoute que "[c]ette présomption de compatibilité s'étend aux obligations découlant des traités internationaux, qu'elles aient ou non été transposées en droit interne au Royaume-Uni,"³⁰ mais qu'elle "elle ne constitue une aide à l'interprétation admissible que si la disposition légale n'est pas claire à première vue."³¹

C'est après avoir souligné l'existence et les limites d'une telle règle de présomption de conformité que la Cour suprême du Royaume-Uni s'intéresse à l'argument fondé du droit à l'autodétermination et affirme que celui-ci "se heurte à des obstacles insurmontables, [...] [le principe d'autodétermination n'étant] tout simplement pas en jeu ici."³² Pour appuyer cette affirmation, la cour britannique cite d'ailleurs les vues exprimées sur ce droit par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*:

88. [...] La portée de ce principe a été examinée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 RCS 217. Dans cette affaire, le gouverneur en conseil a soumis une série de questions à la Cour suprême, notamment celle de savoir s'il existe un droit à l'autodétermination en vertu du droit international qui donnerait au Québec le droit de faire sécession unilatéralement. Dans son arrêt, la Cour suprême a expliqué (aux paras 136–

particulièrement sur certaines arguments relatifs au droit international, HM Advocate General for Scotland affirme ce qui suit: "It is similarly striking that the SNP Case cites various international legal materials in connection with the scope of the right relied upon, and makes no attempt to explain how these materials could even arguably apply to Scotland. Two obvious examples suffice. First, the reasoning of Judge Cançado Trindade in the Kosovo Advisory Opinion case extends the right of internal self-determination beyond the colonial context to situations of "tyranny" (SNP Case, §3.6 [...]), but on no view are the people of Scotland subject to 'tyranny', whether or not a second independence referendum takes place. Secondly, the lengthy quotation from the UK Representative to the General Assembly in 1984 sets out at SNP Case §4.3, [...] upon which the SNP apparently relies, a series of rights guaranteed by the Covenants which, if denied, might engage the right of self-determination. None of those rights are denied to the people of Scotland, who live in a free and democratic society. It is also noteworthy that while the SNP Case (§3.2) cites §2 of Resolution 1514 adopted by the UN General Assembly, [...] they omit to refer to §6 of that Resolution which states that "Any attempt at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations."

²⁷Voir *Scotland Act Reference*, supra note 19 aux paras 84–90.

²⁸*Ibid* au para 87 ("[t]he strong presumption in favour of interpreting our domestic law in a way which does not place the United Kingdom in breach of its obligations in international law is well established").

²⁹*Ibid* ("[i]f there is ambiguity in a statutory provision operating in a field where the United Kingdom is bound by a treaty obligation, the presumption of conformity with international law will apply to the interpretation of that statutory provision").

³⁰*Ibid*.

³¹*Ibid* ("[h]owever, the presumption will only be a permissible aid to interpretation if the statutory provision is not clear on its face").

³²*Ibid* au para 88 ("[t]here are insuperable obstacles in the path of the intervener's argument based on self-determination. First, the principle of self-determination is simply not in play here").

37) que le Canada était un État souverain et indépendant se conformant au principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et disposant donc d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction. Elle a estimé que les dispositions constitutionnelles en vigueur au Canada ne plaçaient pas les Québécois dans une situation désavantageuse au regard de la règle de droit international. Elle poursuit: "En résumé, le droit international à l'autodétermination ne génère, au mieux, un droit à l'autodétermination externe que dans les situations d'anciennes colonies, lorsqu'un peuple est opprimé, par exemple sous occupation militaire étrangère, ou lorsqu'un groupe définissable se voit refuser un accès significatif au gouvernement pour poursuivre son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en question bénéficie d'un droit à l'autodétermination externe parce qu'il a été privé de la possibilité d'exercer son droit à l'autodétermination interne. De telles circonstances exceptionnelles sont manifestement inapplicables au Québec dans les conditions actuelles." (au para 138) Elle poursuit en disant que dans d'autres circonstances, les peuples sont censés parvenir à l'autodétermination dans le cadre de l'État existant: "Un État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, sur une base d'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a le droit de maintenir son intégrité territoriale en vertu du droit international et de faire reconnaître cette intégrité territoriale par d'autres États. Le Québec ne répond pas aux critères d'un peuple colonial ou d'un peuple opprimé, et on ne peut pas non plus suggérer que les Québécois ont été privés d'un accès significatif au gouvernement pour poursuivre leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne jouissent pas, en droit international, du droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada" (au para 154).³³

³³*Ibid* [traduction] ("88. [...] The scope of the principle was considered by the Supreme Court of Canada in the *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217. There, the Governor in Council referred a series of questions to the Supreme Court including whether there exists a right to self-determination under international law that would give Quebec the right to secede unilaterally. In its judgment the Supreme Court explained (at paras 136–137) that Canada was 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. It considered that the then current constitutional arrangements within Canada did not place Quebecers in a disadvantaged position within the scope of the international law rule. It continued: '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.' (at para 138). '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

La référence aux “observations” de la Cour suprême du Canada semble être destinée essentiellement à nier le “droit de sécession” à l’Écosse, la Cour reconnaissant par ailleurs que, comme l’avait mentionné le SNP dans son argumentation, le droit international n’interdit pas, en général, la sécession.³⁴ La cour est par ailleurs d’avis que, s’agissant du point pertinent en ce qui concerne la demande de l’intervenant fondée sur un droit à l’autodétermination en vertu du droit international, ce droit n’est pas reconnu en dehors des contextes décrits par la Cour suprême du Canada, dont aucun ne s’applique à l’Écosse.³⁵

Ce n’est qu’après avoir procédé à une telle négation du droit à l’autodétermination sécessionniste de l’Écosse que le tribunal répond à l’argument suivant lequel l’application de la présomption de conformité au droit international devrait conduire les juges à interpréter le *Scotland Act* comme n’empêchant pas la possibilité pour l’Écosse de légiférer aux fins de la tenue d’un référendum sur l’indépendance. La réfutation de l’argument est formulée ainsi par la cour:

[L]’intervenant invoque le principe de l’autodétermination en droit international comme outil d’interprétation à l’appui d’une interprétation restrictive des termes “se rapporte à” à l’article 29, paragraphe 2, sous b), de manière à donner une portée plus limitée à la limitation de la compétence législative relative aux matières réservées. Toutefois, aucune interprétation de cette sous-section, qu’elle soit large ou étroite, ne peut entraîner une violation du principe d’autodétermination en droit international. Le *Scotland Act* répartit les compétences entre le Royaume-Uni et l’Écosse dans le cadre d’un règlement constitutionnel. Elle établit un schéma soigneusement calibré de pouvoirs de dévolution. Rien dans la répartition des pouvoirs, quelle qu’en soit l’interprétation large ou étroite, ne porte atteinte à un quelconque principe d’autodétermination. Au contraire, la législation établit et promeut un système de décentralisation fondé sur les principes de subsidiarité. Il est désormais bien établi que la législation sur la décentralisation telle que le *Scotland Act* doit être interprétée comme toute autre loi, sous réserve des règles d’interprétation fixées par la loi elle-même (voir, par exemple, l’article 29(3) et (4)). Il serait inapproprié d’appliquer une présomption d’interprétation dans le but d’obtenir une dévolution plus ou moins importante des pouvoirs.³⁶

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’ (at para 154”).

³⁴*Ibid* au para 89.

³⁵*Ibid*.

³⁶*Ibid* au para 90 [traduction] (“90. Secondly, the intervener relies on the principle of self-determination in international law as an interpretative tool supporting a narrow reading of the words ‘relates to’ in section 29 (2)(b) so as to give a more limited scope to the limitation of legislative competence relating to reserved matters. However, no reading of that subsection, whether wide or narrow, could result in a breach of the principle of self-determination in international law. The Scotland Act allocates powers between the United Kingdom and Scotland as part of a constitutional settlement. It establishes a carefully calibrated scheme of devolution powers. Nothing in the allocation of powers, however widely or narrowly interpreted, infringes any principle of self-determination. On the contrary, the legislation establishes and promotes a system of devolution founded on principles of subsidiarity. It is now well established that devolution legislation such as the Scotland Act falls to be interpreted like any other statute, subject to the rules of interpretation set by the

Cette réponse laisse perplexe. La Cour statue ici sur l'existence d'une violation du principe d'autodétermination en droit international, alors que la question à laquelle elle était invitée à répondre ne porte aucunement sur une telle violation. La question porte sur l'existence — ou non — d'une compétence de légiférer pour permettre la tenue d'un référendum sur l'indépendance. La cour aurait dû d'abord se demander si le droit du peuple écossais à disposer de lui-même, et en particulier celui de déterminer librement son statut politique reconnu notamment par l'article 1^{er} commun aux *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, comprend le droit d'organiser un référendum. Si la cour avait procédé ainsi, il aurait été difficile d'apporter une réponse négative à cette question, le droit d'organiser un référendum étant inhérent à celui du droit de déterminer librement son statut politique. Elle aurait dû ensuite se demander si le droit d'organiser un référendum comportait celui de faire porter un tel référendum sur l'indépendance. La réponse à cette dernière question aurait pu être positive si la cour avait retenu une interprétation large et libérale de l'article 1^{er} commun des *Pactes internationaux* ainsi que d'autres instruments garantissant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

On peut penser que la cour n'a pas favorisé une telle interprétation dans la mesure où elle a retenu, en la citant, l'interprétation restrictive de la Cour suprême du Canada voulant que le droit international ne reconnaît pas le droit à l'indépendance d'un peuple qui fait partie d'un État, pour reprendre les termes de la *Déclaration sur les relations amicales*, "dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, sur une base d'égalité et sans discrimination, et respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, [ayant] le droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à faire reconnaître cette intégrité territoriale par les autres États."³⁷ Mais, le tribunal britannique n'aurait-il pas pu constater que le Royaume-Uni n'avait pas respecté, à l'égard de l'Écosse, le principe d'autodétermination dans ses arrangements internes, en se retirant de l'Union européenne sans le consentement de l'Écosse dont 62 pour cent des électeurs et électrices avaient exprimé leur refus lors du référendum sur le "Brexit" du 23 juin 2016?

Qui plus est, la cour n'aurait-elle pas dû prendre acte du fait que l'argument du maintien de l'intégrité territoriale pour contrecarrer le droit à l'indépendance n'était plus opposable à l'Écosse à la lumière de l'*Avis sur le Kosovo* formulé par la Cour internationale de Justice, cette cour ayant en effet rappelé que "[l]a portée du principe de l'intégrité territoriale est donc limitée à la sphère des relations interétatiques."³⁸ Si tel avait été le cas, elle aurait pu conclure que le droit international reconnaît un droit à l'indépendance du peuple écossais et, par conséquent, le droit d'organiser un référendum sur cet mode d'exercice de son droit à l'autodétermination. C'est avec cette détermination qu'aurait alors pu être appliquée la présomption de conformité du droit interne au droit international. Une telle présomption aurait permis de justifier une interprétation "étroite" du *Scotland Act*, comme le SNP en avait exprimé le souhait, reconnaissant la compétence du Parlement écossais de légiférer pour prévoir la tenue d'un référendum sur l'indépendance, ce pouvoir législatif n'étant pas

Act itself (see, for example, section 29 (3) and (4)). It would be inappropriate to apply any interpretative presumption with the purpose of achieving a greater or lesser devolution of powers").

³⁷ *Renvoi sur la sécession du Québec*, supra note 18 au para 154.

³⁸ *Kosovo*, supra note 24 à la p 427, para 80.

une matière réservée au Parlement du Royaume-Uni, même si cette compétence avait une incidence sur l'Union des Royaumes d'Écosse et d'Angleterre" et sur le "Parlement du Royaume-Uni."

En application de la présomption de conformité et pour arriver à une telle interprétation du *Scotland Act*, la cour n'aurait-elle pas pu, de même, s'appuyer sur le paragraphe 3 de l'article 1^{er} commun aux *Pactes internationaux* selon lequel les États parties sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la *Charte des Nations Unies*. D'autant plus que le Comité des droits de l'homme, l'organe de contrôle du Pacte international sur les droits civils et politiques, a affirmé que devait s'ensuire de ce paragraphe "que tous les États parties doivent prendre des mesures positives pour faciliter la réalisation et le respect du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, [c]es mesures positives d[evant] être conformes aux obligations qui incombent aux États en vertu de la Charte des Nations Unies et du droit international."³⁹ Une telle facilitation et un tel respect aurait dû passer par la reconnaissance, à titre de mesure positive, du droit d'organiser un référendum sur l'indépendance.

La Cour suprême du Royaume-Uni a raté l'occasion de contribuer à faire émerger un droit à l'indépendance fondé sur le droit international et à privilégier une interprétation qui ne priverait pas, pour reprendre le libellé de plusieurs instruments internationaux, "tous les peuples" d'exercer leur droit à l'autodétermination et d'opter pour "[l]a création d'un État souverain et indépendant," pour citer la *Déclaration sur les relations amicales*.

Si la Cour suprême du Royaume-Uni s'est montrée disposée à traiter des arguments fondés sur le droit international et en particulier sur les vues formulées par la Cour suprême du Canada dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, l'on ne peut s'empêcher de remarquer que la Cour suprême du Royaume-Uni n'a manifestement pas tenu compte de l'autre partie du jugement, comme l'a d'ailleurs fait un éminent universitaire écossais.⁴⁰ Cette partie de l'avis de la Cour suprême du Canada est celle dans laquelle celle-ci affirme que "[l]e principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la réputation 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."⁴¹

³⁹Voir Comité des Droits de l'homme, "Observation générale n° 12, Article premier (Droit à l'autodétermination)" (13 mars 1984), dans Nations Unies, *Compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traités*, Doc NU HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), en ligne: <hrlibrary.umn.edu/gencomm/french/f-HRC-comment12.htm>.

⁴⁰Voir Michael Keating, "Independence and the Union Devolution: Unhelpful Clarifications," *Centre on Constitutional Change* (24 novembre 2022), en ligne: <www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/news-and-opinion/unhelpful-clarifications>.

⁴¹Voir *Renvoi sur la sécession du Québec*, *supra* note 18 au para 88 (la Cour ajoute, au paragraphe 92, en y reconnaissant un "droit" de réaliser la sécession, ce qui suit: "92. 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

Cette omission a d'ailleurs poussé un internationaliste britannique à reprocher, à juste titre, à la Cour suprême du Royaume-Uni de s'intéresser, comme l'avait fait le tribunal de dernier ressort au Canada, à la notion d'autodétermination constitutionnelle telle qu'elle devrait appliquée dans le cas de l'Écosse.⁴² Mais, il s'agit là d'une question qui mérite une analyse approfondie en droit constitutionnel, et en droit constitutionnel comparé, qu'il nous appartiendra de faire après avoir tenté dans le présent article de traiter des aspects de droit international du *Scotland Act Reference*.

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 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").

⁴²Voir Marc Weller, "The UK Supreme Court Reference on a Referendum for Scotland and the Right to Constitutional Self-determination: Part II," *EJIL Talk!* (13 décembre 2022), en ligne: <www.ejiltalk.org/the-uk-supreme-court-reference-on-a-referendum-for-scotland-and-the-right-to-constitutional-self-determination-part-ii>.

Cite this article: Turp, Daniel. 2022. "Le *Scotland Act Reference*, les référendums sur l'indépendance et le droit à l'autodétermination des peuples." *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, 60: 206–218, doi:10.1017/cyl.2023.12