# LE RETOUR DES PEUPLES FONDATEURS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME?

SÉBASTIEN GRAMMOND

Sébastien Grammond est professeur à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, dont il a été le doyen de 2008 à 2014. Depuis 2004, il y enseigne le droit des obligations, la procédure civile, le droit des autochtones et le droit constitutionnel. Il est l'auteur d'*Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), *d'Identity Captured by Law* (2009) et de *Quebec Contract Law* (2011), ainsi que de nombreux articles.

Dans le récent arrêt *Caron c. Alberta*, dans lequel la Cour suprême a statué que l'Alberta n'avait pas l'obligation constitutionnelle d'adopter ses lois en anglais et en français, les trois juges dissidents ont affirmé que « [l]a Constitution du Canada est le résultat de négociations et de compromis entre les peuples fondateurs »[1]. Les juges majoritaires n'ont pas contredit cette affirmation des juges dissidents. Même s'ils n'ont pas employé l'expression « peuples fondateurs », ils ont eux aussi considéré que les dispositions constitutionnelles en cause étaient le fruit d'une entente ; ils étaient cependant en désaccord quant à la portée de cette entente.

Une telle affirmation peut paraître surprenante, surtout dans un jugement de la Cour suprême, parce que le texte de la constitution ne contient aucune référence au concept de peuples fondateurs et que l'idéologie fédérale dominante depuis un demi-siècle s'y oppose. En fait, les questions « démotiques » font partie des principaux « silences » de la constitution canadienne[2] et exemplifient ce que Jeremy Webber appelle le caractère « agonistique » de la constitution, c'est-à-dire le fait que celle-ci permet aux Canadiens de vivre ensemble malgré leurs désaccords profonds quant à la nature même du pays[3].

Pourtant, cette référence aux peuples fondateurs s'inscrit dans le droit fil d'une logique que la Cour

1 *Caron v. Alberta*, 2015 CSC 56 au par. 235 [*Caron*] (les juges Wagner et Côté).

2 Dave Guénette, « Le silence des textes constitutionnels canadiens – expression d'une constitution encore inachevée », (2015) 56 Cahiers de droit 411.

3 Jeremy Webber, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis* (Oxford : Hart, 2015) aux pp. 6-8, 259-265.

suprême développe patiemment depuis une quinzaine d'années. Lorsque la Cour est confrontée à des questions nouvelles relatives à l'interprétation de la constitution, elle a de plus en plus recours à ce qu'on appelle traditionnellement la « théorie du pacte » de la fédération canadienne[4]. On entend par là l'idée que le Canada est le résultat d'une entente (un pacte…) entre les entités politiques préexistantes qui le composent. Même si la Cour n'emploie habituellement pas le vocable de « pacte », il s'agit de ce que nous pourrions appeler une vision « contractuelle » de la constitution.

Les conséquences normatives qui découlent de cette vision contractuelle ne sont pas univoques. Par exemple, à une certaine époque, plusieurs provinces se fondaient sur la théorie du pacte pour soutenir que la constitution ne pouvait être modifiée sans leur consentement unanime. Cependant, ce n'est pas ainsi que la Cour suprême applique la théorie du pacte : elle n'envisage pas la constitution comme un contrat directement exécutoire. Ce que la Cour fait, c'est de donner une interprétation au texte constitutionnel qui tienne compte de la nature consensuelle de la constitution, c'est-à-dire du fait que la raison d'être de certaines dispositions est de protéger les engagements que les parties au pacte ont pris les unes envers les autres. Le *Renvoi sur la réforme du Sénat*[5] en fournit un exemple. . La Cour suprême devait décider, entre autres choses, si le Parlement fédéral pouvait mettre en place un mécanisme d'« élections consultatives » des sénateurs, sans obtenir l'aval des provinces et sans modifier la constitution. Or, la Cour a reconnu le fait que la formule de modification de la constitution, est l'aboutissement de revendications des provinces visant à protéger leur intérêts relatifs à la structure fédérale (notamment la structure du Sénat), auxquelles le gouvernement fédéral a acquiescé en novembre 1981. Pour donner effet à cet engagement, il fallait interpréter la constitution de manière à protéger les provinces contre toute velléité fédérale d'apporter des changements importants au Sénat d'une manière unilatérale. Le gouvernement fédéral ne pouvait donc tenter de procéder unilatéralement ; il devait plutôt obtenir le consentement des provinces.

Or, si la constitution canadienne est le fruit d'un pacte, qui en sont les parties prenantes? C'est ici que les choses se compliquent. Il existe plusieurs versions de la théorie du pacte. En particulier, on peut distinguer entre le pacte unissant les quatre provinces initiales, auquel se sont subséquemment jointes les autres provinces, et le pacte « binational » entre Anglophones et Francophones, que l'on a généralement à l'esprit lorsque l'on évoque les « peuples fondateurs ». La formule de modification de la constitution reflète une autre conception du pacte, qui reconnaît le rôle de l'État fédéral en tant que joueur à part entière, ce qui pourrait laisser croire que la population canadienne dans son ensemble forme aussi un peuple. De plus, ces diverses variantes ont négligé la participation des peuples autochtones, non pas aux négociations ayant conduit à la Confédération, mais plutôt à la conclusion de traités qui, de leur point de vue,

4 Pour une analyse plus poussée de cette question, voir Sébastien Grammond, « Compact is Back : The Revival of the Compact Theory of Confederation by the Supreme Court », article soumis à une revue avec comité de lecture (2016).

5 [2014] 1 R.C.S. 704, notamment au par. 77.

déterminaient les conditions de leur libre adhésion au Canada. Il pourrait donc y avoir plusieurs pactes superposés (et peut-être plusieurs « peuples » imbriqués), comme l'ont laissé entendre deux juges de la Cour suprême dans une affaire de droit des autochtones :

Ces quatre principes structurants [de la constitution canadienne] s'articulent dans trois pactes fondamentaux : *1)* pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières ; *2)* pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux ; *3)* « pacte fédératif » entre les provinces.[6]

On voit donc que les peuples fondateurs, ou du moins les parties au pacte, ne sont pas seulement ceux qui ont participé aux discussions de Charlottetown et de Québec en 1864. Les commentaires formulés dans le récent arrêt *Caron* laissent entendre qu'un groupe qui a négocié son adhésion au Canada, à quelque moment que ce soit, pourrait être considéré comme un peuple fondateur. Par exemple, dans la récente affaire *Caron*, la Cour suprême a affirmé qu'il y a eu, en 1870, une entente entre le gouvernement canadien et le « peuple de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest »[7], qu'elle décrit aussi comme « une partie ayant à coeur la protection du français »[8] ou simplement la « population des territoires »[9] et qu'elle assimile à la « communauté métisse »[10]. Cette entente a permis l'annexion au Canada des territoires appartenant auparavant à la Compagnie de la Baie d'Hudson. En fait, la plupart, sinon toutes les provinces ont négocié d'une manière ou d'une autre les conditions de leur adhésion au Canada. Selon l'approche de la Cour suprême, la population de chaque province pourrait constituer un peuple fondateur.

Une telle extension du concept de peuple fondateur est-elle le prix de sa réhabilitation dans le discours constitutionnel ? L'approche de la Cour permettra-t-elle à des groupes insoupçonnés de réclamer le statut de peuple fondateur ? Ce risque est sans doute faible. En effet, l'approche de la Cour semble davantage axée sur les actes de fondation que sur les peuples fondateurs. Ce que la Cour recherche, c'est une entente qui est à la source d'un texte constitutionnel et qui consacre l'adhésion d'un « peuple » au Canada[11]. La Cour interprète ensuite ce texte en fonction des intérêts des parties à l'entente qui lui a donné naissance. L'identité de ce peuple devient alors une question secondaire, ce qui explique, par exemple, l'ambiguïté que maintient la Cour dans l'affaire *Caron* (s'agit-il des « Métis »

6 *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, au par. 97.

7 *Caron*, par. 207.

8 *Caron*, par. 238.

9 *Caron*, par. 222, 240.

10 *Caron*, par. 207-212.

11 Cela exclurait les groupes qui ont immigré au Canada à la suite d'une entente explicite avec le gouvernement (pensons aux Ismaéliens dans les années 1970), mais qui n'est pas incorporée dans la constitution.

ou de la « population des territoires », incluant les non-autochtones ?).

L'approche axée sur les actes de fondation est aussi compatible avec une vision selon laquelle une personne peut appartenir simultanément à plusieurs peuples[12]. Par exemple, un résident de l'Île-du-Prince-Édouard peut fort bien s'identifier à la fois à sa province et au Canada tout entier. Dans la plupart des cas, une analyse de la constitution canadienne ne tiendra pas compte de la spécificité de cette province et il ne sera pas nécessaire de qualifier sa population de peuple fondateur. Cependant, dans l'interprétation des *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, un texte qui fait partie de la constitution, on pourra tenir compte du fait que cette province a négocié son adhésion au Canada et qu'elle défendait alors un certain nombre d'intérêts spécifiques qui sont reflétés dans le texte constitutionnel.

Cette approche permet aussi d'éviter la difficile question de la distinction entre un peuple au sens sociologique (qui présente une unité de langue, de culture, d'histoire, etc.) et un peuple au sens politique, c'est-à-dire la population d'un territoire donné. En mettant l'accent sur les actes de fondation, la Cour suprême évite de se prononcer sur la nature des peuples fondateurs. Pour revenir à l'affaire *Caron*, la Cour ne juge pas utile de préciser si le peuple fondateur en cause était composé uniquement des Métis ou s'il incluait également les non-autochtones présents dans l'Ouest canadien en 1870. De la même manière, il n'est pas nécessaire de déterminer si, dans les négociations menant à la Confédération, un politicien comme George-Étienne Cartier défendait uniquement les intérêts des Canadiens-français ou ceux de tous les habitants du Canada-Est. Cela n'empêche pas la Cour de reconnaître, dans les cas appropriés, les intérêts spécifiques du peuple « sociologique » sous-jacent. Ainsi, dans une décision rendue en 2013, la Cour avait déclaré que les droits territoriaux des Métis, issus de l'entente de 1870 et garantis par la *Loi sur le Manitoba*, avaient été violés[13]. De la même manière, plusieurs décisions récentes font preuve d'une prise en considération de la spécificité québécoise dans l'interprétation de certaines dispositions constitutionnelles qui intéressent particulièrement le Québec[14].

En somme, reconnaître que la constitution est le résultat d'ententes entre des entités politiques préexistantes permet de mieux respecter les engagements mutuels qui ont permis la construction du Canada. Les « peuples fondateurs » comptent toujours sur le respect de ces promesses.

12 Dans le contexte canadien, cette idée des appartenances multiples a été principalement développée par Jean Leclair ; voir notamment « Legality, Legitimacy, Decisionism and Federalism : An Analysis of the Supreme Court of Canada's Reasoning in *Reference re Secession of Quebec, 1998* », texte présenté à la conférence *Claims for Secession and Federalism: The Spanish Case in the Light of Federal Experience*, Bilbao, Espagne, 25-25 novembre 2015.

13 *Manitoba Métis Federation inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623.

14 Sébastien Grammond, « Louis LeBel et la société distincte », article accepté pour publication dans les Cahiers de Droit (2016).