

## L'INDÉPENDANCE DU QUÉBEC ET LE CHOIX AUTOCHTONE DE LA CONTINUITÉ CANADIENNE

*Ghislain Otis et Aurélie Laurent\**

Des observateurs autochtones et non autochtones estiment que la création éventuelle d'un État québécois souverain ne saurait mettre fin à la relation entre le Canada et les peuples autochtones vivant au Québec sans leur consentement. Prenant en considération les leçons et les modèles qu'offrent les précédents internationaux, en particulier l'expérience européenne, cet article étudie les procédés institutionnels et juridiques qui permettraient, dans l'hypothèse d'un vote référendaire clairement favorable à l'indépendance du Québec, de concilier cette volonté de sécession avec la décision éventuelle de certains peuples autochtones du Québec de conserver leur lien avec le Canada. La négociation d'une entente constitutionnelle et internationale assurant la continuité canadienne pour les autochtones du Québec qui en feraient la demande sera présentée comme une voie privilégiée de conciliation des choix collectifs exprimés, sans nécessairement devoir modifier les frontières du Québec. Les auteurs proposent une définition du champ de la continuité canadienne, décrivent les aspects originaux de l'entente proposée et expliquent les éléments essentiels du régime juridique qui serait mis en place par une telle entente.

Indigenous and non-Indigenous observers alike believe that the eventual creation of a sovereign Quebec state cannot end the relationship between Canada and the Indigenous peoples living in Quebec without their consent. Taking into account the lessons and models offered by international precedents, including the European experience, this paper explores the institutional and legal processes that would, in the event of a clear referendum vote in favour of Quebec independence, reconcile Quebec's desire for secession with the possible decision of some of the Indigenous peoples located in Quebec to maintain their connection to Canada. The authors argue that it is possible to reconcile the collective choices of both Quebecers and Indigenous peoples without necessarily having to change the borders of Quebec. They outline a constitutional and international agreement that would ensure Canadian continuity for the Indigenous peoples of Quebec who demand it. After proposing a definition of the scope of Canadian continuity, the authors describe some novel aspects of the proposed agreement, and explain the essential elements of the legal regime that would be put in place by such an agreement.

---

\* Ghislain Otis, Professeur à l'Université d'Ottawa et Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones. Les travaux dont est issu cet article ont bénéficié du soutien financier du Programme des chaires de recherche du Canada.

Aurélie Laurent, PhD. Maître de conférences en droit public, Le Mans Université.

Les auteurs expriment leur gratitude aux évaluateurs anonymes, à la professeure Sophie Thériault, ainsi qu'aux professeurs Benoît Pelletier et Patrick Dumberry, qui ont commenté une version antérieure de cet article. Leurs observations ont été d'une grande pertinence.

© Ghislain Otis et Aurélie Laurent 2020

Citation: (2020) 66:2 McGill LJ 253 — Référence : (2020) 66:2 RD McGill 253

---

<b>Introduction</b>	255
<b>I. Une hypothèse : permettre une continuité juridique canadienne pour les peuples autochtones du Québec</b>	258
<i>A. Le contenu du choix autochtone de la continuité canadienne dans un Québec indépendant</i>	258
1. La reconduction des normes constitutionnelles canadiennes et des responsabilités du Canada	260
2. Les compétences et les responsabilités du Québec indépendant	265
3. Le territoire du Québec	268
<i>B. La nécessité d'innover par une entente supranationale avec les autochtones</i>	275
1. La pleine participation des peuples autochtones	275
2. Les expériences supranationales comme source d'inspiration	280
<b>II. Une proposition : mettre en œuvre la continuité canadienne par des procédés internationaux</b>	285
<i>A. Les dispositifs de coordination des ordres juridiques</i>	285
1. La consécration de l'acquis canadien en matière autochtone	286
2. La primauté, l'application directe et l'ancrage constitutionnel	289
3. Un dispositif transitoire étanche	291
4. La modification, la dénonciation et le retrait	292
<i>B. Les aménagements politiques, financiers et administratifs</i>	293
1. Les compensations dans la participation aux prises de décision	293
2. La mise en œuvre financière et administrative de la continuité canadienne	294
<i>C. La mise en œuvre judiciaire de l'entente</i>	297
1. Nécessité d'une clause d'interprétation conforme	297
2. Assurer une continuité juridictionnelle avec le Canada	298
3. Perpétuer la dualité juridictionnelle actuelle	299
4. Une « cour suprême » mixte pour assurer l'interprétation uniforme de l'entente	300
<b>Conclusion</b>	301

---

## Introduction

Autochtones et non-autochtones cohabitent sur la terre nommée Québec depuis le début du XVII<sup>e</sup> siècle. Leurs vies se trouvent aujourd'hui imbriquées comme jamais, mais le legs fragile d'un passé de survivance et de résistance ainsi que la contingence d'un avenir entre promesse et péril pèsent lourd de part et d'autre. Revendications autochtones et aspirations québécoises se rejoignent parfois et s'entrechoquent aussi. Parmi les enjeux de cette coexistence séculaire, il y a celui de l'indépendance du Québec.

La Cour suprême du Canada a statué en 1998 que si le Québec ne jouit pas d'un droit constitutionnel de faire sécession unilatéralement, le Canada ne détient pas davantage le pouvoir constitutionnel de refuser *a priori* toute sécession négociée<sup>1</sup>. C'est dans le cadre des négociations de bonne foi rendues obligatoires par une majorité référendaire clairement exprimée en faveur de l'indépendance que devrait être réglée, selon la cour, la question des intérêts des peuples autochtones du Québec<sup>2</sup>. Dans un premier temps, les parties prenantes devraient négocier une entente conformément aux principes constitutionnels que sont « le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités »<sup>3</sup>. Dans un second temps, si l'entente se matérialisait, celle-ci devrait être mise en œuvre notamment par le biais d'une révision constitutionnelle<sup>4</sup>.

Certains représentants autochtones estiment que la création d'un État québécois souverain ne saurait détacher du Canada les peuples autochtones vivant au Québec sans que ces derniers n'y consentent. Cette position fut notamment exprimée par des chefs eeyou (crist) qui affirmèrent que « [o]ur relationship with the federal government could not be unilaterally abolished, nor could its responsibilities toward us be unilaterally transferred to another nation »<sup>5</sup>. À la veille du référendum québé-

---

<sup>1</sup> Voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 aux para 88, 92, 161 DLR (4<sup>e</sup>) 385 [*Renvoi relatif à la sécession*].

<sup>2</sup> Voir *ibid* au para 139.

<sup>3</sup> *Ibid* aux para 90–95.

<sup>4</sup> Voir *ibid* au para 84. Pour une étude sur la formule de révision constitutionnelle à retenir, voir Stéphane Courtois, « La ratification d'un accord de sécession entre le Québec et le Canada : procédure de modification de la Constitution et référendum national » dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Yvon Blais, 2016, 855.

<sup>5</sup> Matthew Coon Come, « Cree Experience with Treaty Implementation » dans Terry Fenge et Jim Aldridge, dir., *Keeping Promises: The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University

cois de 1995, un leader inuit disait à peu près la même chose en déclarant :

*The special relationship with the federal government has been our salvation many a time and it cannot be cut. We will not be spectators and bystanders while this exercise is being attempted. We will never allow our ties and our relationships with that jurisdiction to be cut as a result of any project in sovereignty [notes omises].*<sup>6</sup>

Selon ce point de vue, un peuple autochtone vivant au Québec pourrait conserver son rattachement à l'État canadien si tel était son choix. Un autre représentant autochtone avançait en 2018 que les peuples autochtones du Québec ont « le droit de décider de leur statut politique et, s'ils le désirent, de choisir de demeurer au sein du Canada si le Québec décidait de s'en séparer »<sup>7</sup>.

Dans l'hypothèse d'un vote clairement favorable à l'option indépendantiste se poserait la question de savoir s'il serait possible de concilier le choix de l'indépendance québécoise avec celui, éventuellement exprimé, du maintien du lien entre le Canada et un peuple autochtone vivant au Québec. À ce jour, certains analystes n'ont pas hésité à faire des droits des peuples autochtones un terreau fertile pour les thèses favorables à la partition territoriale du Québec en cas de sécession, tenant pour radicalement inconciliables une demande autochtone de continuité canadienne et un État québécois indépendant dans ses frontières actuelles<sup>8</sup>. Par ailleurs, certains indépendantistes affirment avec certitude que les peuples autochtones du Québec devraient suivre les Québécois sur le chemin de la rupture du lien juridique avec l'État canadien<sup>9</sup>.

---

Press, 2015, 153 à la p 163. Voir aussi Grand Council of the Crees, *Sovereign Injustice: Forcible Inclusion of the James Bay Crees and Cree Territory into a Sovereign Québec*, Nemaska, Grand Council of the Crees, 1995; Roméo Saganash, « Le Québec et les peuples autochtones : une perspective crie de la Baie-James » dans Natacha Gagné, Thibault Martin et Marie Salaün, dir., *Autochtonies : vues de France et du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 249 à la p 257.

<sup>6</sup> Douglas Sanders, « If Quebec Secedes from Canada Can the Cree Secede from Quebec? » (1995) 29:1 UBC L Rev 143 à la p 156.

<sup>7</sup> Ghislain Picard, « La souveraineté des Premières Nations au programme du prochain gouvernement » (26 septembre 2018), en ligne : *Le Devoir* <ledevoir.com> [perma.cc/PJQ6-KWTR].

<sup>8</sup> Voir Peter Radan, « “You Can't Always Get What You Want”: The Territorial Scope of an Independent Quebec » (2003) 41:4 Osgoode Hall LJ 629 [Radan, « Territorial »]; Peter W Hogg, « Principles Governing the Secession of Quebec » (1997) 8:1 RNDC 19 aux pp 42–45.

<sup>9</sup> Voir notamment Sanders, *supra* note 6 aux pp 154–56. Voir aussi Frédéric Bérard et Stéphane Beaulac, *Droit à l'indépendance : Québec, Monténégro, Kosovo, Écosse, Catalogne*, Montréal, Éditions XYZ, 2015 aux pp 104–05.

Mais, n'est-il pas possible d'envisager que les peuples autochtones du Québec qui le souhaitent puissent conserver leur rattachement avec le système juridique et politique canadien sans faire obstacle à l'indépendance du Québec et sans que les frontières de ce dernier n'aient à être modifiées<sup>10</sup>? Cette approche respecterait à la fois la décision légitime des Québécois d'acquiescer leur indépendance et le libre choix tout aussi légitime de peuples autochtones du Québec de préserver leur relation avec l'État canadien.

Il vaut donc la peine d'examiner cette formule sur le plan de l'ingénierie juridique et institutionnelle dans la perspective des négociations qui devraient suivre un vote favorable à l'indépendance. C'est ce que nous tenterons de faire dans les pages qui suivent. Nous proposerons d'approfondir — sans prétendre nullement à l'exhaustivité — les principaux aspects juridiques et institutionnels d'un modèle de rattachement continu au Canada de peuples autochtones du Québec (continuité canadienne) dans l'hypothèse de l'accession de celui-ci à l'indépendance. Pour ce faire, nous prendrons en considération les leçons et les modèles que peuvent nous offrir les précédents internationaux, en particulier l'expérience européenne.

Cette étude n'aborde toutefois pas la question de savoir si les peuples autochtones du Québec ont, selon le droit constitutionnel ou le droit international en vigueur, un droit strict à l'intangibilité de leur lien avec le Canada. Elle part plutôt du postulat que le Québec et le Canada accepteraient pleinement d'intégrer dans une entente de sécession un régime qui assurerait la continuité canadienne pour les peuples autochtones qui en exprimeraient la demande, et ce, indépendamment de l'existence ou non d'une obligation juridique leur incombant formellement à cet égard.

Dans un premier temps, nous expliciterons les contours de cette hypothèse de la continuité canadienne à travers une entente de droit international (partie I), dont découlera ensuite une proposition concrète sur les éléments fondamentaux que devrait comporter une telle entente (partie II).

---

<sup>10</sup> Jean-François Lisée a évoqué un scénario de ce genre en proposant que « dans un Québec souverain, le gouvernement canadien et le gouvernement québécois continu[ent], comme avant, d'exercer les mêmes devoirs et les mêmes responsabilités envers les autochtones du Québec » (Jean-François Lisée, « Sortir de l'ambiguïté autochtone : une suggestion » (23 novembre 2015), en ligne (blogue) : *Le blogue et les balados de Jean-François Lisée* <jflisee.org> [perma.cc/J2VP-6LM6]). Voir Pierre Trudel, « La souveraineté du Québec et les peuples autochtones » (2017) 18 *Nouveaux Cahiers socialisme* 54 aux pp 57–59.

## I. Une hypothèse : permettre une continuité juridique canadienne pour les peuples autochtones du Québec

Mieux cerner la proposition qui pourrait être faite aux peuples autochtones du Québec demande de se pencher d'abord sur la portée juridique (ce qui comprend la portée territoriale) de la décision de rester rattaché au Canada malgré l'accession du Québec à l'indépendance (section A). Nous identifierons mieux ensuite les aspects innovants d'une telle continuité canadienne, qui passerait par le truchement d'une entente de droit international (section B).

### A. Le contenu du choix autochtone de la continuité canadienne dans un Québec indépendant

Le maintien du rattachement d'un peuple autochtone au Canada viserait tous les acquis fondamentaux d'une relation multiséculaire *sui generis* qui s'est construite au fil de l'évolution constitutionnelle. Les autorités étatiques actuelles, tant dans la sphère fédérale que québécoise, sont les avatars des couronnes française et britannique ayant successivement et graduellement affirmé leur souveraineté à l'égard du territoire composant aujourd'hui le Canada, y compris le Québec. L'implantation de l'État a, selon la Cour suprême du Canada, fait naître l'obligation corrélative des autorités publiques d'agir honorablement dans leur relation avec les peuples autochtones (notamment en conciliant l'affirmation de souveraineté néo-européenne avec l'antériorité de ces peuples<sup>11</sup>), et en respectant les engagements solennels de la Couronne (qui se manifestent aujourd'hui entre autres dans la *Proclamation royale de 1763*<sup>12</sup>, les traités, et les dispositions de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités existants<sup>13</sup>). Certes, la Cour suprême du Canada ne remet pas en question la souveraineté de

<sup>11</sup> Voir notamment *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (PG)*, 2013 CSC 14 au para 66 [*Manitoba Metis Federation*], citant *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74 au para 24; *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 au para 32 [*Nation haïda*]; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53 au para 42 [*Beckman*].

<sup>12</sup> George R, *Proclamation*, 7 octobre 1763 (3 Geo III), reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 1. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, art 25(a), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

<sup>13</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, supra note 12, art 35. Comme l'écrit Slattery, « [t]he roots of the Aboriginal Constitution lie in the ancient relations between Aboriginal peoples and the Crown going back to the earliest days of European settlement — relations recognized in the Royal Proclamation and given concrete form in Treaties between the Crown and Aboriginal peoples » (Brian Slattery, « The Aboriginal Constitution » (2014) 67 SCLR 319 à la p 336).

l'État à l'égard des autochtones, mais elle rappelle que « [l]es peuples autochtones vivaient ici avant les Européens et [qu']ils n'ont jamais été conquis »<sup>14</sup>. Pour réduire cette tension structurelle de nature à mettre en jeu la légitimité de l'ordre constitutionnel, la plus haute juridiction du pays évoque explicitement l'impératif persistant de concilier par voie de traité (au sein de l'État) l'autorité de la Couronne et la souveraineté autochtone préexistante<sup>15</sup>.

L'affirmation et l'exercice effectif de la souveraineté étatique emportent donc simultanément des prérogatives et des responsabilités, qui résultent en une obligation constante de l'État d'agir honorablement dans ses rapports avec les peuples premiers relativement à leurs intérêts et leurs droits particuliers. Celle-ci comprend notamment l'obligation de négocier de bonne foi, de consulter les autochtones et de trouver des accommodements adéquats lorsque des droits ancestraux sont revendiqués<sup>16</sup>, ou lorsque des droits issus de traités sont en cause<sup>17</sup>. On peut appeler « bloc constitutionnel autochtone »<sup>18</sup> cet ensemble évolutif de principes et de règles (écrits et non écrits) qui définissent et encadrent la « relation spéciale »<sup>19</sup> que le passé colonial et la dynamique constitutionnelle plus récente ont forgée entre les peuples autochtones et l'État. Ce bloc serait l'enjeu central de la mise en œuvre du principe de continuité canadienne relativement aux peuples autochtones du Québec qui opteraient pour cette voie.

Deux impératifs précis découleraient par conséquent du principe de continuité canadienne pour les peuples autochtones concernés : d'abord, la reconduction des responsabilités et des compétences du Canada à l'égard de ces peuples et de leurs terres dans le respect de leurs droits constitutionnellement protégés, des obligations de fiduciaire et de l'honneur de la Couronne (1); ensuite, la reconduction des responsabilités et des compétences du Québec, y compris le devoir d'agir honorablement

---

<sup>14</sup> *Manitoba Metis Federation*, supra note 11 au para 67, citant *Nation haïda*, supra note 11 au para 25.

<sup>15</sup> Voir par ex *Nation haïda*, supra note 11 au para 20.

<sup>16</sup> Voir notamment *ibid* au para 26; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 au para 17 [*Nation Tsilhqot'in*]; *Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12 au para 56 [*Daniels*].

<sup>17</sup> Voir notamment *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69 [*Mikisew*]; *Beckman*, supra note 11; *Première Nation de Grassy Narrows c Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48 [*Grassy Narrows*]; *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge Inc*, 2017 CSC 41; *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, 2017 CSC 40.

<sup>18</sup> Slattery utilise l'expression « Aboriginal Constitution » (Slattery, supra note 13).

<sup>19</sup> *Manitoba Metis Federation*, supra note 11 aux para 67, 72.

dans le respect des droits des peuples autochtones et des engagements enchâssés dans l'ordre constitutionnel canadien (2). À cet égard, la question de la portée territoriale de la continuité canadienne au Québec se posera (3).

1. La reconduction des normes constitutionnelles canadiennes et des responsabilités du Canada

La préservation du lien juridique et politique entre le Canada et les peuples autochtones du Québec a d'abord pour corollaire le maintien du binôme compétence-responsabilité qui structure ce lien. L'ensemble des compétences et des obligations fédérales découlant du bloc constitutionnel autochtone devrait être confirmé à l'égard des peuples l'ayant demandé, de sorte que le Canada soit toujours tenu d'agir honorablement envers eux et de respecter leurs droits reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (ou tout autre texte ou principe non écrit applicable). Toute avancée réalisée par les peuples autochtones dans leurs revendications territoriales et dans leur quête d'autodétermination au sein du Canada s'appliquerait ainsi aux peuples autochtones du Québec l'ayant choisi.

La nature et la portée des compétences et des responsabilités canadiennes seraient fonction de l'état du droit constitutionnel au moment des négociations. Il n'est pas impossible qu'une relation différente de celle qui existe aujourd'hui ait pu, entre temps, être enchâssée dans la loi fondamentale. Il est toutefois raisonnable de supposer que, s'il advenait que l'actuel article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>20</sup> ait été modifié, le palier fédéral conserverait certaines responsabilités et compétences particulières en matière autochtone. Parmi les questions de grande importance relevant de la compétence canadienne, on retrouverait certainement la protection des droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>21</sup>. Ces droits peuvent couvrir une ample gamme de matières<sup>22</sup>, allant

<sup>20</sup> (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91(24), reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

<sup>21</sup> Voir *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 aux para 178, 181, 153 DLR (4<sup>e</sup>) 193 [*Delgamuukw*]; *R c Morris*, 2006 CSC 59 au para 83 [*Morris*]. Voir aussi *Paul c Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55 au para 33; *Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31 au para 70 [*Bande Kitkatla*]; *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 16 au para 129; *Mitchell c MRN*, 2001 CSC 33 [*Mitchell*].

<sup>22</sup> Voir *Terre-Neuve-et-Labrador (PG) c Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4 (« [l]es droits protégés par l'art. 35 couvrent un vaste éventail de sujets, englobant les titres jusqu'à l'utilisation du tabac et ils touchent tous les aspects de la vie, de l'adoption d'enfants à la commémoration des lieux de sépulture des ancêtres de la communauté » au para 27).



des questions territoriales, environnementales, sociales<sup>23</sup> et culturelles aux enjeux liés à la famille<sup>24</sup> ou à l'autonomie politique autochtone. S'ajouterait la volonté de préserver les droits *sui generis* des autochtones, notamment sur leurs terres, ne découlant pas de l'article 35 mais de la loi fédérale ou de la common law.

En définitive, à la faveur de la reconduction de la responsabilité et du droit canadiens à l'égard des peuples autochtones du Québec l'ayant choisie, la relation spéciale et directe entre ces peuples et la Couronne canadienne serait maintenue, de même que tous les avantages pouvant découler de la dynamique de contre-pouvoirs qui accompagne la répartition de compétences entre deux entités étatiques<sup>25</sup>. Le Canada resterait partie à tous les traités conclus avec les peuples concernés, y compris la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (CBJNQ)<sup>26</sup>. Il devrait alors assurer leur mise en œuvre et participer à leur révision, le cas échéant. De plus, il resterait un acteur obligé dans les négociations de traités futurs concernant le territoire traditionnel et l'autonomie gouvernementale de peuples autochtones du Québec<sup>27</sup>. Le Canada pourrait appliquer aux peuples autochtones concernés et à leurs terres la législation fédérale découlant de l'exercice de ses compétences autochtones tout en étant assujéti à cet égard aux dispositions constitutionnelles canadiennes. Il serait loisible au Canada d'élaborer des politiques et des programmes divers destinés à combler les besoins spécifiques des peuples autochtones en question et, dans le cadre de ces programmes, d'effectuer les transferts de ressources requis aux communautés et aux individus.

Comme c'est actuellement le cas, la compétence canadienne serait tantôt territoriale, particulièrement lorsqu'elle régirait les questions afférentes aux terres dont les autochtones ont la propriété ou l'usage exclusif, collectif et inaliénable, tantôt personnelle, lorsqu'elle se rapporterait au

---

<sup>23</sup> Le droit ancestral de pratiquer la médecine traditionnelle a été reconnu dans *Hamilton Health Sciences Corp v DH*, 2015 ONCJ 229 au para 3.

<sup>24</sup> Par exemple, l'adoption peut relever des droits ancestraux (voir *Casimel v Insurance Corporation of British Columbia* (1993), 82 BCLR (2<sup>e</sup>) 387, 106 DLR (4<sup>e</sup>) 720).

<sup>25</sup> Au sujet de la dynamique de contre-pouvoirs offerte par la répartition des compétences dans une structure fédérale, voir Professeur Bradford Morse, « How Would Quebec's Secession Affect Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights? » (1999) 11 NJCL 107 aux pp 137–38.

<sup>26</sup> Voir *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, 11 novembre 1975 (édition 1998), en ligne (pdf) : *Association des employés du Nord québécois* <aenq.org> [perma.cc/BB89-VLP9] [CBJNQ].

<sup>27</sup> Les négociations dont il est ici question sont fondées sur la revendication de droits ancestraux.

statut et à la situation juridique des individus en tant que tels sans égard au statut de la terre et à leur lieu de résidence au Québec<sup>28</sup>.

La légitimité singulière de l'éventuelle revendication de peuples autochtones du Québec de conserver leur lien avec le Canada tiendrait au fait qu'ils détiennent des droits collectifs issus d'une souveraineté précoloniale qui en fait des communautés politiques autoconstituées<sup>29</sup>. Les tenants du maintien du lien autochtone avec le Canada s'appuient d'ailleurs précisément sur les droits différenciés des peuples autochtones découlant des traités, des droits ancestraux, de la constitution et des obligations fiduciaires de la Couronne. C'est la quête de protection et de pérennisation de ces droits et compétences spécifiquement autochtones qui justifie le discours de la continuité canadienne autochtone.

Ces droits et intérêts propres aux peuples autochtones ne couvrent toutefois pas toutes les dimensions de la réalité et de la vie en société. Du point de vue du droit constitutionnel et des normes internationales, les autochtones sont considérés comme tous les autres citoyens canadiens et québécois lorsque leurs droits ou intérêts singuliers en tant que peuples premiers ne sont pas en cause. Comme l'affirme clairement la Cour suprême du Canada, « [l]es Autochtones font partie du Canada et ne jouissent pas d'un statut particulier pour ce qui est des obligations constitutionnelles imposées à l'égard de l'ensemble des Canadiens »<sup>30</sup>.

Au-delà de ses responsabilités spécifiques à l'égard des peuples autochtones et de leurs terres, le Parlement du Canada détient, aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*, des compétences de portée générale qui s'appliquent aux individus autochtones vivant au Québec et sur les terres détenues par des collectivités autochtones comme à toute autre personne ou tout autre endroit au Canada. On songe ici aux lois fédérales d'application générale relatives au divorce, au droit criminel, aux brevets, aux poids et mesures, à la propriété intellectuelle, à la faillite, aux banques, aux taux d'intérêt, à l'aéronautique, à la navigation, à la pêche, à l'agriculture, à l'immigration et aux télécommunications, pour ne donner que ces exemples<sup>31</sup>. Il appert d'emblée que ces compétences fédérales

---

<sup>28</sup> Pour une explication des facteurs déterminant la nature territoriale ou personnelle d'une compétence, voir notamment Ghislain Otis et Geneviève Motard, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la nouvelle gouvernance crie » (2009) 50:1 C de D 121 aux pp 134-42.

<sup>29</sup> Ils se distinguent à cet égard de manière décisive de la minorité anglophone de souche européenne.

<sup>30</sup> *Manitoba Metis Federation*, *supra* note 11 au para 72.

<sup>31</sup> Pour plus d'exemples, voir notamment *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 20, art 91.

générales ne comportent pas intrinsèquement de dimension proprement autochtone : elles ne mettent pas nécessairement en jeu la relation historique singulière entre les peuples premiers et la Couronne qui fonde le bloc constitutionnel autochtone, de sorte que les autochtones ne sont pas *a priori* concernés d'une manière différente des autres citoyens canadiens résidant au Québec. Dans la vaste sphère des affaires qui intéressent indifféremment l'ensemble de la population, une éventuelle demande autochtone de continuité canadienne n'aurait pas plus de poids que celle d'autres citoyens canadiens résidant au Québec et ayant voté contre l'indépendance du Québec.

Ceci ne veut pas dire, bien sûr, que plusieurs compétences fédérales ne peuvent revêtir un intérêt particulier pour les autochtones en tant que membres de communautés distinctives. La protection des savoirs et des productions artistiques autochtones est, par exemple, un enjeu de propriété intellectuelle reconnu<sup>32</sup>. De même, les dysfonctionnements du droit criminel sont particulièrement criants en ce qui a trait à la situation spécifique de plusieurs collectivités et individus autochtones<sup>33</sup>. Cependant, comme une compétence fédérale sur les peuples autochtones et leurs terres serait reconduite (si tant est qu'une telle compétence existe au moment pertinent), le Parlement canadien serait habilité, en cas de besoin, à fixer des normes particulières dans ces domaines relativement aux autochtones et à tout autre sujet susceptible de mettre en jeu des intérêts autochtones clairement différenciés de ceux de l'ensemble de la population. Les normes canadiennes s'imposeraient et devraient être respectées au Québec dans la mesure où elles seraient compatibles avec les droits constitutionnels reconnus aux autochtones en droit canadien. En application de la règle de prépondérance des normes canadiennes, qui devrait elle aussi être reconduite, ces normes canadiennes l'emporteraient sur les règles québécoises en cas de conflit de lois<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Voir Catherine Bell et Robert K Paterson, *Protection of First Nations Cultural Heritage: Laws, Policy, and Reform*, Vancouver, UBC Press, 2009.

<sup>33</sup> Pour une vue d'ensemble des divers dysfonctionnements du système de justice criminelle canadien en contexte autochtone, voir notamment Craig Proulx, « Current Directions in Aboriginal Law/Justice in Canada » (2000) 20:2 Can J Native Studies 371 aux pp 372–81. Voir aussi Mylène Jaccoud, « Entre méfiance et défiance : les Autochtones et la justice pénale au Canada » (2020) 61:1 C de D 63.

<sup>34</sup> Rappelons toutefois que selon la Cour suprême du Canada, « il est souhaitable d'adopter une approche restrictive des principes comme celui de la prépondérance fédérale » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 au para 60) de sorte que « [c]haque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » (*Canada (PG) c Law Society of British Columbia*, [1982] 2 RCS 307 à la p 356, 137 DLR (3<sup>e</sup>) 1; *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 au para 75; *Marine Services International*

La question se poserait en outre de savoir si l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* relève du bloc constitutionnel autochtone<sup>35</sup>. Les garanties découlant de la *Charte canadienne* déterminent de manière substantielle les conditions d'exercice par le pouvoir fédéral de ses compétences spécifiquement autochtones. Ainsi, ces garanties se trouvent suffisamment rattachées fonctionnellement au bloc constitutionnel autochtone pour en faire partie à titre d'accessoire au principal. De plus, comme la continuité canadienne exigerait du Québec indépendant qu'il n'empiète pas sur les compétences canadiennes relatives aux peuples autochtones, il ne serait pas cohérent que sa charte des droits soit opposable aux pouvoirs canadiens se déployant dans le périmètre du bloc autochtone. Il y aurait donc un risque de vide juridique préjudiciable aux individus dans un domaine aussi important que les droits fondamentaux. Pour ces raisons, il faudrait rendre applicable sur le territoire du Québec indépendant la *Charte canadienne*, qui serait alors invocable par toute partie intéressée à l'encontre des actions canadiennes relevant du bloc constitutionnel autochtone<sup>36</sup>.

En outre, la continuité canadienne s'étendrait à certains droits qui, dans le cadre constitutionnel fédéral actuel, n'ont pas besoin d'être reconnus à titre particulier aux peuples premiers, mais que les représentants autochtones pourraient trouver essentiels et qu'ils pourraient légitimement revendiquer comme des éléments de l'acquis canadien. Il s'agirait, premièrement, du droit de détenir la double nationalité. Maintenir la citoyenneté canadienne des autochtones concernés serait en effet un aspect non négligeable de la réalisation de la continuité. De plus, ce statut de citoyen canadien permettrait aux autochtones de continuer de jouir, en droit canadien, des droits démocratiques et de la liberté de circulation et d'établissement au sein du Canada<sup>37</sup>. Il serait par surcroît idéal d'assurer expressément aux autochtones concernés un droit de libre circulation et d'établissement entre le Québec et le Canada. Cette liberté de mouvement transfrontalier au nom de la continuité canadienne contribuerait au maintien des liens entre autochtones de part et d'autre de la frontière

---

*Ltd c Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44 au para 69; *Sun Indalex Finance, LLC c Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6 au para 57; *Saskatchewan (PG) c Lemare Lake Logging Ltd*, 2015 CSC 53 au para 20).

<sup>35</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

<sup>36</sup> Il faut noter que la compétence canadienne relative aux peuples autochtones et à leurs terres permet d'adopter des lois qui régissent aussi les non-autochtones.

<sup>37</sup> Voir *Charte canadienne*, *supra* note 35, arts 3, 6.

entre le Québec et le Canada<sup>38</sup>. Les autochtones du Québec devraient aussi continuer de pouvoir accéder à des lois canadiennes rédigées en français et en anglais, et de pouvoir choisir entre l'usage du français ou de l'anglais dans leurs relations avec les autorités canadiennes.

## 2. Les compétences et les responsabilités du Québec indépendant

Le Québec détiendrait toutes les prérogatives d'un État indépendant, étant entendu que cet État accepte de maintenir les compétences canadiennes, les responsabilités et les droits issus du droit canadien relativement aux peuples autochtones vivant sur son territoire. La reconduction des compétences et des responsabilités canadiennes n'aurait pas pour effet d'évincer toute autorité et toute responsabilité du Québec à l'égard des autochtones, puisqu'il conserverait les compétences qui étaient les siennes avant l'entente. Il se pourrait cependant qu'au moment des négociations, les compétences provinciales aient été modifiées et limitées par rapport à ce qu'elles sont aujourd'hui, notamment par un élargissement tout aussi souhaitable qu'inévitable de l'autonomie autochtone<sup>39</sup>.

En l'état actuel des choses, les autochtones ne sont pas à tous points de vue des personnes relevant de la compétence fédérale et leurs terres des « enclaves fédérales » totalement soustraites à la compétence du Québec. La Cour suprême du Canada consacre « le principe fondamental selon lequel les lois provinciales peuvent s'appliquer aux peuples autochtones; les Premières Nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales »<sup>40</sup>. Depuis son arrêt dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, la plus haute juridiction du Canada préconise en fait une application restrictive du principe d'exclusivité

---

<sup>38</sup> Cette mobilité transfrontalière des autochtones dépasserait même les normes de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, dont l'article 36 mentionne que « le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières [internationales], des contacts, des relations et des liens de coopération avec leurs propres membres ainsi qu'avec les autres peuples, notamment des activités ayant des buts spirituels, culturels, politiques, économiques et sociaux » (Rés AG, Doc off AG NU, 61<sup>e</sup> sess, supp n° 49, Doc NU A/61/295 (2007), art 36).

<sup>39</sup> Borrows est d'avis que les importants pouvoirs des provinces relativement aux autochtones et à leurs terres sont en contradiction avec les promesses faites, notamment dans la *Proclamation royale de 1763* (voir John Borrows, « Canada's Colonial Constitution » dans John Borrows et Michael Coyle, dir, *The Right Relationship: Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, 17).

<sup>40</sup> *Bande Kitkatla*, supra note 21 au para 66. Voir aussi *Mitchell*, supra note 21 au para 133.

des compétences<sup>41</sup>, et estime que la règle générale devrait être l'application simultanée des normes provinciales et fédérales valides<sup>42</sup>.

En conséquence, une loi provinciale s'applique en général aux autochtones et à leurs terres si elle n'a pas pour objet spécifique et exclusif de régir une matière qui est de compétence fédérale. Une vaste gamme de lois et de politiques québécoises d'application générale s'étend ainsi aux autochtones du Québec et à leurs terres, puisqu'elles ne régissent pas une question qui concerne leur statut et leurs droits particuliers. De plus, la compétence fédérale n'empêche nullement le Québec de prendre en considération dans ses lois générales le particularisme autochtone dans la mesure où la loi poursuit une fin québécoise légitime, comme l'éducation, le logement, la santé, la protection des enfants<sup>43</sup> ou encore l'offre de services de police adaptés dans le cadre du régime québécois<sup>44</sup>. Comme le souligne la Cour suprême du Canada, « [u]ne disposition législative n'excède pas la compétence de la province du simple fait qu'on y trouve le mot "autochtone" »<sup>45</sup>.

Le mouvement d'atténuation de la logique d'exclusivité des compétences a mené la Cour suprême du Canada à l'écarter purement et simplement dans le cas d'une loi provinciale d'application générale qui réglemente et restreint l'exercice des droits ancestraux ou issus de traité protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans le cadre d'un régime provincial par ailleurs valide<sup>46</sup>. Une province ne pourra toutefois pas adopter une loi ayant spécifiquement pour objectif essentiel d'abroger unilatéralement les droits ancestraux ou issus de traités d'un peuple autochtone<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> *Supra* note 34 au para 37.

<sup>42</sup> Voir *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55 au para 63; *Nation Tsilhqot'in, supra* note 16 au para 149; *Daniels, supra* note 16 au para 51.

<sup>43</sup> Voir par ex *NIL/TU, O Child and Family Services Society c BC Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45 aux para 36–46. Les principes établis dans cet arrêt sont transposables au Québec.

<sup>44</sup> Voir par ex *Commission des services policiers de Nishnawbe-Aski c Alliance de la fonction publique du Canada*, 2015 CAF 211 aux para 64–73. Cette décision concerne l'Ontario mais elle applique des principes qui valent également pour le Québec.

<sup>45</sup> *Bande Kitkatla, supra* note 21 au para 66. Voir aussi *Daniels, supra* note 16 au para 51; Sébastien Grammond, « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne* » (2006) Numéro thématique hors-série R du B 295 aux pp 310–12.

<sup>46</sup> Voir *Nation Tsilhqot'in, supra* note 16 aux para 140–52; *Grassy Narrows, supra* note 17 au para 53.

<sup>47</sup> La Cour suprême a été très claire à ce sujet dans *Delgamuukw (supra* note 21 aux para 180–81). Elle ne s'est pas déditée sur ce point dans *Nation Tsilhqot'in* puisqu'elle s'y

L'effet de la continuité canadienne serait de reconduire les règles de partage des compétences — étant entendu que les attributions et les responsabilités du Québec cesseraient d'être provinciales. Cette formule protégerait par ailleurs les autochtones contre tout manquement du Québec indépendant à ses devoirs fondamentaux découlant du droit positif canadien (incluant la constitution, la loi fédérale et la common law) se rapportant au champ de la continuité canadienne. Il faut mentionner, en particulier, les devoirs fiduciaires, l'obligation d'agir honorablement en toute circonstance et celle de ne pas restreindre sans justification les droits ancestraux ou issus de traité reconnus et confirmés aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'hypothèse vraisemblable où le Québec indépendant opérerait pour un gouvernement sous forme de république, les obligations et les prérogatives ci-devant dévolues à la Couronne du chef du Québec passeraient à l'État québécois<sup>48</sup>. Cela ne ferait pas obstacle à la substance de la continuité canadienne concernant les droits des autochtones, comme le montre bien l'exemple américain<sup>49</sup>.

Se pose toutefois la question de savoir si la continuité canadienne exigerait que la *Charte canadienne* s'applique à l'action gouvernementale québécoise intervenant dans le champ du bloc autochtone. Il est très probable que, dans un Québec indépendant, les pouvoirs publics québécois seraient astreints au respect d'une charte des droits qui serait d'emblée opposable aux actions québécoises relevant du bloc autochtone, comme une loi d'application générale réglementant l'exercice d'un droit ancestral. Néanmoins, pour éviter tout décalage préjudiciable entre les chartes québécoise et canadienne, il faudrait rendre la *Charte canadienne* opposable au Québec conformément au principe de faveur, c'est-à-dire de manière à permettre aux parties intéressées de se prévaloir de cette charte chaque fois qu'elle offrirait une protection plus grande que le droit québécois sur des enjeux relatifs au bloc autochtone<sup>50</sup>.

Les peuples autochtones du Québec ayant opté pour la continuité canadienne devraient par ailleurs continuer de pouvoir disposer de versions

---

penchait sur une loi provinciale d'application générale, et non une loi dont l'objectif spécifique était l'abrogation de droits ancestraux (*supra* note 16).

<sup>48</sup> Et sans doute au chef de l'État en ce qui concerne les relations directes de type diplomatique avec les chefs autochtones.

<sup>49</sup> Morse a montré comment la nouvelle république américaine a pu reconduire dans son ordre juridique la substance des obligations à l'égard des peuples autochtones dévolues formellement à la Couronne sous le régime colonial britannique (voir Morse, *supra* note 25 aux pp 135–37).

<sup>50</sup> Imaginons par exemple que, à l'instar de la *Charte des droits et libertés de la personne* (RLRQ c C-12) actuelle, celle d'un Québec indépendant comporte un mécanisme dérogatoire plus étendu que l'article 33 de la *Charte canadienne* (*supra* note 35).

française et anglaise des lois québécoises et d'avoir le choix entre le français et l'anglais dans leurs communications avec l'État québécois. Cette garantie, qui ne concerne peut-être pas directement le bloc autochtone, pourrait faire partie d'un chapitre de l'entente de sécession traitant des droits des minorités linguistiques.

Force est de constater que la continuité canadienne entamerait tout de même sensiblement la capacité d'action d'un Québec indépendant sur son territoire, tout en conférant au Canada une compétence substantielle dans le domaine matériel de l'entente sur ce même territoire. Au surplus, les obligations et les contraintes afférentes à la continuité canadienne auraient dorénavant un fondement dans l'ordre juridique international et engageraient la responsabilité de l'État québécois au regard du droit des gens (*jus gentium*). L'effet de la reconduction au profit du Canada de la compétence et des responsabilités du Parlement fédéral en matière autochtone serait de perpétuer — en ce qui concerne les peuples autochtones visés — un enchevêtrement de responsabilités et de pouvoirs qui commanderait une coordination et une coopération étroites des autorités québécoises, autochtones et canadiennes.

### 3. Le territoire du Québec

La perspective de l'indépendance du Québec cristallise un argumentaire partitionniste très volontaire. La protection constitutionnelle des frontières du Québec en tant qu'entité fédérée n'est pas contestée<sup>51</sup>; il s'agit plutôt de savoir si, lors des négociations suivant un vote favorable à l'indépendance, on pourrait de manière légitime exiger du Québec qu'il renonce à une partie de son territoire comme condition d'une entente de sécession, et ce, au nom du principe constitutionnel de la protection des minorités et des droits des peuples autochtones dégagé par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession*<sup>52</sup>.

Certains arguments partitionnistes ne se rapportent pas directement aux droits des peuples autochtones. Ainsi, on a affirmé que le Québec indépendant pourrait perdre tout titre juridique sur les territoires nor-

---

<sup>51</sup> Voir *Loi constitutionnelle de 1871* (R-U), 34 & 35 Vict, c 28, art 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 11; *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 12, art 43(a). Le professeur Benoît Pelletier a démontré que l'article 3 de la loi de 1871 reste en vigueur pour régir les situations potentiellement non couvertes par l'alinéa 43(a), lequel ne mentionne expressément que la modification du tracé des frontières « interprovinciales » (voir Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996 aux pp 246–48).

<sup>52</sup> *Supra* note 1.



diques visés par les lois de 1898<sup>53</sup> et de 1912<sup>54</sup> au motif que ceux-ci lui auraient été confirmés ou cédés en sa qualité de province canadienne. Il serait donc possible, en cas de sécession, d'induire l'annulation du titre du Québec par condition résolutoire<sup>55</sup>. De fait, d'un point de vue positiviste formel, l'existence juridique même du Québec et de ses attributions sur la totalité de son territoire actuel (et non uniquement le Nord-Ouest et l'Ungava) tient entièrement à son statut dans l'ordre constitutionnel en place. Pour paraphraser les arguments partitionnistes, on ne peut supposer que l'on aurait même créé la province de Québec si l'on avait compris que celle-ci pouvait plus tard se retirer du Canada<sup>56</sup>. Si l'on retenait ce type de raisonnement, le Québec deviendrait *ipso facto* une nullité juridique en cessant de faire partie du Canada, ce qui ferait de son indépendance une impossibilité au regard du droit canadien. Or, la Cour suprême du Canada reconnaît clairement la possibilité de la sécession dans le cadre juridique canadien, ce qui mine la thèse d'une annulation rétroactive des droits du Québec par voie de condition résolutoire implicite. De plus, on fait valoir que la protection de l'intégrité territoriale du Québec n'a plus de raison d'être dès lors que celui-ci répudie l'ordre constitutionnel<sup>57</sup>. Le cas de figure envisagé dans la présente étude est toutefois la sécession négociée dans la perspective de la primauté du droit, ce qui rend l'argument caduc.

Le principal argument constitutionnel en faveur de la partition concerne toutefois les droits des peuples autochtones signataires de la *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*. On avance en premier

---

<sup>53</sup> Voir *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, SQ 1898, c 6; *Acte concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, SC 1898, c 3.

<sup>54</sup> Voir *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava*, SQ 1912, c 7; *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de Québec*, SC 1912, c 45.

<sup>55</sup> Voir Hogg, *supra* note 8 à la p 43; Radan, « Territorial », *supra* note 8 à la p 643; David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Deconfederation: Canada Without Quebec*, Toronto, Key Porter Books, 1991 aux pp 151–52; David L Varty, *Who Gets Ungava?*, Vancouver, Varty & Company, 1991 aux pp 28–29. Bérard et Beaulac reprennent à leur compte cet argumentaire (voir Bérard et Beaulac, *supra* note 9 aux pp 111–15).

<sup>56</sup> Parlant de l'Ungava, Hogg s'exprime ainsi : « *It is unlikely that these massive transfers of territory (comprising 10 per cent of present-day Canada) would have taken place if Canada had understood that Quebec would assert a right to take the transferred territory out of Canada* » (Hogg, *supra* note 8 à la p 43).

<sup>57</sup> Voir Radan, « Territorial », *supra* note 8 (« *Quebec cannot insist upon enforcing a protection contained in a constitution that it is otherwise prepared to reject* » à la p 643). Voir aussi Bérard et Beaulac, *supra* note 9 à la p 115; Steven R Ratner, « Drawing a Better Line: *Uti Possidetis* and the Borders of New States » (1996) 90:4 AJIL 590 aux pp 606–07.

lieu que la CBJNQ témoigne d'un engagement du Québec à ne jamais remettre en cause son lien fédéral avec le Canada sans l'accord des signataires autochtones<sup>58</sup>. Il n'existe toutefois aucun élément factuel étayant cette supposée volonté du Québec de régler pour toujours la question de sa relation avec le Canada par le biais de la *Convention*. Or, un traité doit être interprété et appliqué de manière à refléter l'intention commune des parties au moment de sa conclusion, et non uniquement la perspective autochtone<sup>59</sup> — si tant est que les signataires autochtones concevaient effectivement la CBJNQ comme une promesse solennelle de fédéralisme perpétuel. Par ailleurs, la thèse du veto des signataires autochtones et de leur droit de se séparer du Québec en vertu de la *Convention* repose essentiellement sur le postulat d'une suppression de la relation juridique trilatérale actuelle entre le Canada, le Québec et les signataires autochtones dans le cadre de la *Convention*. Comme l'écrit un tenant de cette thèse :

*The creation of an independent Quebec within its present provincial borders would automatically prevent Canada from fulfilling its fiduciary obligations under the JBNQA and from fulfilling the "special responsibility" referred to in the preamble to the federal legislation implementing the JBNQA [notes omises].*<sup>60</sup>

Selon les partisans de la partition, puisque, aux termes mêmes de la *Convention*, les obligations imposées aux autorités fédérales ne peuvent être modifiées sans l'accord des signataires autochtones<sup>61</sup>, il en résulte que seul le démembrement territorial du Québec permettrait de sauvegarder les engagements du Canada<sup>62</sup>. Notons d'abord qu'un tel argument, donnant aux seuls termes de la *Convention* un effet juridique décisif sur la détermination des frontières internationales du Québec et du Canada, est paradoxal. En effet, la partition empêcherait le Québec de se conformer à ses engagements et de profiter des droits découlant de la CBJNQ, ce qui serait tout aussi contraire à celle-ci que la neutralisation des obligations du Canada. Il faudrait alors logiquement affirmer qu'elle ne per-

<sup>58</sup> Des auteurs écrivent que « [t]he treaty provides for the obligations of both governments to continue indefinitely in a federal arrangement under the Constitution » (Andrew Orkin et Joanna Birenbaum, « The Aboriginal Argument: The Requirement of Aboriginal Consent » dans David Schneiderman, dir, *The Quebec Decision: Perspectives on the Supreme Court Ruling on Secession*, Toronto, James Lorimer & Company, 1999, 83 à la p 85). Voir aussi Radan, « Territorial », *supra* note 8 aux pp 657–58.

<sup>59</sup> Voir notamment *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456 au para 14, 179 DLR (4<sup>e</sup>) 193; *Mikisew*, *supra* note 17 au para 28; *Morris*, *supra* note 21 aux para 18, 35.

<sup>60</sup> Radan, « Territorial », *supra* note 8 aux pp 656–57.

<sup>61</sup> Voir *CBJNQ*, *supra* note 26, art 2.15.

<sup>62</sup> Voir Radan, « Territorial », *supra* note 8 aux pp 657–58. Radan ne fait que reprendre la prétention de Hogg (voir Hogg, *supra* note 8 à la p 44).

met pas la partition sans l'accord des parties, dont le Québec. De plus, la partition ne permettrait nullement au Canada de respecter ses obligations aux termes de la *Convention*, car elle mettrait plutôt fin purement et simplement à cette dernière qui est par nature une entente trilatérale.

En outre, la prétention selon laquelle la sécession du Québec entraînant la fin des engagements du Canada constituerait une violation de la CBJNQ (et donc une entorse *prima facie* à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>63</sup>) pourrait, si elle était admise, exiger de trouver un moyen de préserver la responsabilité du Canada. En revanche, elle ne requerrait pas de supprimer toutes les compétences existantes du Québec sur le territoire visé par la *Convention*. Le maintien des compétences québécoises ne serait en rien une atteinte aux droits existants des autochtones aux termes de la *Convention*, mais serait au contraire requis pour en assurer le respect par le Québec.

L'argument partitionniste fondé sur la CBJNQ devient nul et non avenue dès lors que les obligations du Canada aux termes de la *Convention* et du droit canadien sont confirmées, et donc la nature tripartite de la convention préservée (voire renforcée) par son enchâssement dans un traité international portant sur la continuité canadienne et dans les textes la mettant en œuvre<sup>64</sup>. En définitive, une entente sur la continuité canadienne autochtone dans un Québec indépendant permettrait le respect intégral de la CBJNQ par toutes ses parties, contrairement au démembrement territorial.

Des porte-paroles autochtones ont par ailleurs déclaré dans le cadre de travaux de l'ONU que « *if Quebec becomes a separate state, we will insist on our right of self-determination, our right to choose which, if any, state we determine to associate ourselves with* »<sup>65</sup>. Cette affirmation soulève la question de la capacité qu'aurait potentiellement un peuple autochtone, au regard du droit international, de répudier, de manière discrétionnaire et unilatérale, toute continuité québécoise soit pour devenir lui-même indépendant, soit pour rattacher son territoire traditionnel au Canada.

---

<sup>63</sup> Voir Radan, « Territorial », *supra* note 8 aux pp 657–62.

<sup>64</sup> Devient également caduque la prétention de Radan, qui s'appuie sur le principe fédéral pour affirmer que « *it is impossible to reconcile this federal principle with an amendment to Canada's constitution by the unilateral action of federal and provincial authorities where such an amendment has the effect of modifying existing Aboriginal or treaty rights* » [nos soulignements] (*ibid* aux pp 659–60).

<sup>65</sup> Déclaration faite lors de la onzième session du groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones et reproduite dans Alexandra Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, New York, Cambridge University Press, 2007 à la p 140.

Dans son acception la plus large évoquée par certains experts du droit international, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>66</sup> leur confère possiblement la faculté de créer unilatéralement un État indépendant dans le cas « extrême » ou « très exceptionnel » [nos traductions]<sup>67</sup> où leurs droits fondamentaux seraient systématiquement bafoués et où toute forme d'autodétermination interne ou de participation politique leur serait niée<sup>68</sup>. Les droits des peuples autochtones et du Québec ne diffèrent d'ailleurs pas fondamentalement à cet égard<sup>69</sup>. Or, en dépit de ses lacunes, le droit constitutionnel canadien reconnaît une gamme de droits et libertés fondamentaux ainsi que des droits collectifs aux autochtones. Sont notamment reconnus les droits autochtones issus de traités et les droits ancestraux, qui incluent, selon la Couronne et le Parlement canadiens, le droit à l'autodétermination interne et à l'autonomie<sup>70</sup>. Même en présumant qu'elle accepterait la thèse selon laquelle un peuple a le droit de faire sécession pour remédier à une situation grave d'oppression (la sécession-réparation), il est très peu probable que la communauté internationale estime que le traitement des peuples autochtones au Canada justifie leur sécession unilatérale. Comme le souligne la Cour suprême du Canada, le droit international tient pour primordiale l'intégrité territo-

---

<sup>66</sup> Ce droit est affirmé à l'article 3 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (*supra* note 38, art 3) et à l'article 3 de la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones* (OÉA, Assemblée générale, 46<sup>e</sup> sess, Doc off OEA/SER.P/AG/RES.2888 (XLVI-O/16) (2016), art 3).

<sup>67</sup> Timo Koivurova, « Can Saami Transnational Indigenous Peoples Exercise Their Self-determination in a World of Sovereign States? » dans Nigel Bankes et Timo Koivurova, dir, *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 105 aux pp 119, 123 [Koivurova, « Self-Determination »]. Voir généralement *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* note 1 aux para 112, 122, 126.

<sup>68</sup> Voir généralement *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* note 1 aux para 134–35. Pour une analyse exhaustive des positions doctrinales, notamment sur la théorie de la « sécession-réparation », voir Xanthaki, *supra* note 65 aux pp 132–46. Voir aussi Koivurova, « Self-Determination », *supra* note 67 aux pp 107–19; S James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2<sup>e</sup> éd, New York, Oxford University Press, 2004 aux pp 97–115; Mauro Barelli, « Shaping Indigenous Self-Determination: Promising or Unsatisfactory Solutions? » (2011) 13:4 Intl Community L Rev 413.

<sup>69</sup> Voir notamment Sanders, *supra* note 6 aux pp 152, 157 (qui reconnaît à juste titre que les autochtones n'ont pas plus le droit à la sécession unilatérale que le Québec).

<sup>70</sup> Voir notamment Canada, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, *L'autonomie gouvernementale des Autochtones : un aperçu de l'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, n° de catalogue R32-155/3, Ottawa, MTPSG, 1995; *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, LC 2019, c 24, préambule, art 18(1); *Loi sur les langues autochtones*, LC 2019, c 23, préambule.

riale des États<sup>71</sup>. Néanmoins, un peuple autochtone qui se déclarerait indépendant et serait en mesure de prendre et de conserver *de facto* le contrôle exclusif et effectif d'une partie de territoire pourrait acquérir le statut d'État indépendant<sup>72</sup>.

Concernant l'hypothèse d'un droit pour un peuple autochtone de détacher son territoire traditionnel du Québec pour le rattacher au Canada, un auteur a estimé qu'une sécession unilatérale du Québec rompant le lien entre le Canada et les peuples autochtones sans leur consentement pourrait légitimer la tentative de ces derniers de rétablir ce lien par la séparation, si nécessaire<sup>73</sup>. Or, en dehors de la question de son bien-fondé, cet avis ne prend pas en considération le cas d'une sécession négociée dans laquelle le Québec accepterait de reconduire le lien entre le Canada et les peuples autochtones qui le demandent. De plus, la revendication du droit pour un peuple autochtone de rattacher unilatéralement une fraction de territoire au Canada serait, juridiquement, aussi problématique que la sécession. Certes, on soulignera qu'il ne s'agirait dans ce cas-ci que de permettre aux autochtones de choisir de rester au sein du Canada, ce qui peut sembler être le contraire de la sécession. En réalité, accorder un tel droit à un peuple autochtone équivaldrait à lui conférer la prérogative de fixer les frontières internationales entre l'État canadien et un futur État québécois indépendant. Or, il s'agit en droit international d'une décision qui relève de l'État lui-même, que ce soit dans le cadre d'un passage concerté du statut de territoire à celui d'entité sécessionniste ou d'un traité établissant une frontière internationale. L'État canadien étant, au regard du droit des gens, le titulaire de la souveraineté sur le territoire concerné, il a la prérogative d'en disposer<sup>74</sup>. Les règles du droit international ne favorisent donc pas plus que le droit canadien la thèse d'un droit d'action unilatérale autochtone liant le Canada et le Québec en matière

---

<sup>71</sup> Voir *Renvoi relatif à la sécession*, supra note 1 aux para 112, 127–29. En ce qui concerne les documents internationaux, voir notamment l'article 46 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* qui protège l'intégrité territoriale des États (supra note 38, art 46) et l'article 4 de la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones* qui est au même effet (supra note 66, art 4).

<sup>72</sup> Voir notamment Tara Leroux, « Les frontières terrestres d'un Québec souverain à la lumière du droit international contemporain » (1994–95) 25:1/2 RDUS 239 aux pp 276–81.

<sup>73</sup> Voir Benedict Kingsbury, « Reconstructing Self-Determination: A Relational Approach » dans Pekka Aikio et Martin Scheinin, dir, *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000, 19 à la p 24.

<sup>74</sup> Un auteur rappelle que la souveraineté internationale sur un territoire emporte notamment pour son titulaire « la faculté ou le pouvoir de disposer de celui-là comme il le veut » (Marcelo G Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997 à la p 14).

territoriale, en particulier lorsque la volonté autochtone de conserver un lien avec le Canada est respectée.

La protection constitutionnelle du territoire québécois s'imposerait donc aux négociateurs comme point de départ, protection qui trouverait vraisemblablement un écho dans le droit international selon l'opinion clairement majoritaire des experts<sup>75</sup>. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que les parties ne pourraient pas tout de même aborder les questions territoriales, ni que, à l'issue de certaines négociations, le Québec n'accepterait pas la modification de ses frontières. La Cour suprême du Canada mentionne d'ailleurs à juste titre dans le *Renvoi relatif à la sécession* que le territoire devrait compter parmi les sujets à discuter<sup>76</sup>. De fait, plusieurs questions ayant une incidence territoriale gagneraient à être clarifiées<sup>77</sup>. Les parties pourraient indiscutablement aborder le sujet, notamment dans la perspective d'ajustements territoriaux réciproques.

En revanche, demander au Québec de renoncer à une partie de son territoire afin de permettre à certains peuples autochtones de conserver leur lien avec le Canada serait en pratique très difficile, sinon impossible, à justifier au regard des principes qui gouverneraient les négociations, dès lors que le maintien de ce lien est admis et respecté par le Québec sans que la partition ne soit utile ou nécessaire. Nul ne peut écarter catégoriquement la possibilité d'une entente sur cette question soit pour permettre à un peuple autochtone d'accéder à l'indépendance, soit pour le rattacher territorialement au Canada. Il est évident que le Québec ne

---

<sup>75</sup> Parmi les autorités favorables à l'application de la règle de l'*uti possidetis* en dehors du contexte colonial, voir *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, [1986] CIJ Rec 554 au para 23; *Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: Opinions on Questions Arising from the Dissolution of Yugoslavia* (1992), 31:6 ILM 1488 aux pp 1499–500; Québec, Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, *L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté*, par Thomas M Franck et al, 1992 aux pp 412–17; Marcelo G Kohen, « Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d'États : quelles alternatives? » (1998) 31:1 Rev b dr Intern 129 aux pp 135–43; Jean-Marc Sorel et Rostane Mehdi, « L'*uti possidetis* entre la consécration juridique et la pratique : essai de réactualisation » (1994) 40 AFDI 11; Malcolm N Shaw, « Peoples, Territorialism and Boundaries » (1997) 8:3 Eur J Intl L 478 aux pp 491–503; Anouche Beaudoin, *Uti Possidetis et sécession*, Paris, Dalloz, 2011. Pour le point de vue contraire, voir par ex Peter Radan, « Post-Secession International Borders: A Critical Analysis of the Opinions of the Badinter Arbitration Commission » (2000) 24:1 Melbourne UL Rev 50 aux pp 59–66; Suzanne Lalonde, *Determining Boundaries in a Conflicted World: The Role of Uti Possidetis*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002.

<sup>76</sup> *Supra* note 1 au para 96.

<sup>77</sup> Comme l'ont montré certains auteurs, le territoire du Québec est, à certains égards, « incertain » (voir par ex Henri Dorion et Jean-Paul Lacasse, *Le Québec : territoire incertain*, Québec, Septentrion, 2011).

consentirait à abandonner une parcelle de son territoire constitutionnellement protégé qu'en échange d'une contrepartie proportionnée, et seulement dans la mesure où ses intérêts fondamentaux seraient sauvegardés. Le Canada, de son côté, pourrait se montrer rétif à l'idée que les peuples autochtones puissent « choisir leur État », puisque ce précédent pourrait engendrer d'autres revendications de même nature, cette fois de communautés transfrontalières avec les États-Unis.

***B. La nécessité d'innover par une entente supranationale avec les autochtones***

Une entente assurant la continuité canadienne dans un Québec indépendant pour les peuples autochtones qui le souhaitent serait négociée et conclue en amont de l'indépendance et prendrait effet au moment de celle-ci. Elle constituerait alors un traité international passablement original tant sur le plan de ses parties prenantes (1) que des procédés de coordination juridique qu'elle mettrait en place (2).

1. La pleine participation des peuples autochtones

Un premier aspect relativement inédit serait la participation des représentants des peuples autochtones à la négociation d'une entente de portée non seulement constitutionnelle, mais aussi internationale.

Il faut souligner d'entrée de jeu que certains peuples autochtones du Québec n'ont, à ce jour, jamais formellement reconnu, par traité ou autrement, la souveraineté de la Couronne, ni son titre sous-jacent à leurs territoires traditionnels<sup>78</sup>. Leur posture consiste à ne considérer l'État que comme une réalité *de facto*<sup>79</sup>. Or, le contexte de la sécession du Québec po-

---

<sup>78</sup> Voir par ex Atikamekw Nehirowisiw, « Déclaration de souveraineté d'Atikamekw Nehirowisiw » (2014), en ligne (JPG) : *Atikamekw Nehirowisiw* <atikamekwsipi.com> [perma.cc/23RS-KNVH]. Le 27 novembre 2008, l'Assemblée des chefs de l'APNQL a adopté la « Déclaration sur un processus d'affirmation de la souveraineté des Premières Nations du Québec et du Labrador », rappelant que « [leurs] peuples n'ont jamais renoncé à leur souveraineté » et affirmant que « [l]'heure est venue pour les Premières Nations du Québec et du Labrador d'enclencher un processus d'affirmation unilatéral de leur souveraineté sur le territoire » (Secrétariat de l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, (27 novembre 2008) aux pp 1–2, en ligne (pdf) : *Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador* <apnql.com> [perma.cc/KTY4-YUHG]).

<sup>79</sup> Pour un exposé de l'argument voulant que la souveraineté de la Couronne n'ait pas de valeur *de jure*, mais seulement un effet *de facto* dans la perspective des systèmes juridiques autochtones, voir Kent McNeil, « Indigenous and Crown Sovereignty in Canada » dans Michael Asch, John Borrows et James Tully, dir, *Resurgence and Reconciliation: Indigenous-Settler Relations and Earth Teachings*, Toronto, University of Toronto Press, 2018, 293.

serait directement la question de la souveraineté étatique. Ces peuples pourraient continuer de refuser toute reconnaissance, même négociée, de la souveraineté de l'État, qu'il soit canadien ou québécois. Cela voudrait dire qu'ils s'abstiendraient de participer aux négociations relatives à une entente de continuité canadienne qui pourrait être interprétée comme une reconnaissance de la souveraineté étatique canadienne ou québécoise. L'avantage de cette stratégie pour les peuples concernés serait de préserver en principe leur souveraineté originaires dans l'ordre juridique autochtone. Elle aurait en revanche l'inconvénient de reléguer ces peuples à la marge des grandes manœuvres juridiques qui détermineront concrètement la place que l'État prétendra occuper dans leur vie après l'indépendance du Québec.

On peut toutefois penser que certains peuples souhaiteraient maintenir formellement leur lien avec le Canada et qu'ils participeraient aux négociations.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession*, la plus haute juridiction du Canada n'aborde pas la question de la place des autochtones dans les négociations qui seraient obligatoires dans la foulée d'un vote clairement favorable à l'indépendance du Québec<sup>80</sup>. Certains plaident néanmoins qu'en évoquant le rôle des « participants » et des « acteurs politiques » aux négociations sans nécessairement limiter la portée de ces termes aux gouvernements fédéral et provinciaux, la Cour aurait voulu, sans toutefois le dire explicitement, faire une place aux peuples autochtones<sup>81</sup>. De plus, les dispositions de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* favorisent clairement la participation autochtone à la négoc-

---

<sup>80</sup> *Supra* note 1. La Cour suprême souligne que l'obligation de négocier de bonne foi est de nature constitutionnelle et que sa violation entraîne des conséquences juridiques (voir *ibid* au para 102). Toutefois, elle indique clairement qu'elle privilégie la sanction politique à toute éventuelle méconnaissance de cette obligation par les acteurs de la négociation (voir *ibid* au para 101). Sans contraindre au respect de l'obligation de négocier ou sanctionner son non-respect, un tribunal pourrait être amené à préciser la portée juridique de cette obligation. La Cour n'a en effet pas écarté qu'en certaines circonstances les négociations puissent soulever des questions purement juridiques dont les tribunaux pourront légitimement se saisir. Pour une discussion de la justiciabilité de l'obligation de négocier, voir notamment Patrick Taillon et Alexis Deschênes, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels » (2012) 53:3 C de D 461 aux pp 508–21; Dwight Newman, « Reconstituting Promises to Negotiate in Canadian Constitution-Making » (1999) 10 NJCL 1 aux pp 31–33.

<sup>81</sup> Voir Paul Joffe, « Quebec Secession and Aboriginal Peoples: Important Signals from the Supreme Court » dans Schneiderman, *supra* note 58, 137 aux pp 139–40; Bérard et Beaulac, *supra* note 9 aux pp 102–03. Voir aussi Morse, *supra* note 25 à la p 115.



ciation d'une entente qui les affecterait de manière évidente et singulière en tant que peuples premiers<sup>82</sup>.

Puisque la proposition de continuité canadienne repose sur le respect du choix fait à cet égard par un peuple autochtone, il va de soi que l'hypothèse de départ de la présente étude fait au peuple concerné une place à part entière à la table des négociations.

Il reviendrait à chaque peuple autochtone, le plus souvent constitué d'une pluralité de communautés locales, de fixer les règles de désignation de ses représentants. Cette démarche ne serait pas toujours aisée, comme on le voit lorsqu'il s'agit d'identifier les porte-paroles légitimes d'une communauté ou d'un peuple aux fins des négociations territoriales et des consultations relatives à des projets affectant les territoires revendiqués par un peuple autochtone<sup>83</sup>. Les autorités étatiques ne pourraient toutefois pas s'ingérer dans ces débats dont la résolution relève de l'autodétermination interne autochtone. La participation de peuples premiers soulèverait en outre la question de la représentation des individus vivant en milieu urbain ou à l'extérieur de leur communauté d'origine. Il appert que la majorité d'entre eux sont membres d'une nation autochtone reconnue<sup>84</sup>, de sorte qu'ils pourraient être représentés par l'intermédiaire de cette nation<sup>85</sup>.

Outre la participation des peuples autochtones du Québec à la négociation de l'entente, se poserait la question du rôle de ces peuples dans le processus de révision constitutionnelle ayant pour objet sa mise en œuvre. L'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement d'inviter les représentants des peuples autochtones « à participer aux travaux » des conférences constitutionnelles examinant tout projet de modification des dis-

---

<sup>82</sup> Voir notamment *supra* note 38, arts 3, 18, 19.

<sup>83</sup> Pour une discussion détaillée de cette problématique, voir notamment Ghislain Otis, « Les droits ancestraux des peuples autochtones au carrefour du droit public et du droit privé : le cas de l'industrie extractive » (2019) 60:2 C de D 451 aux pp 463–70.

<sup>84</sup> C'est ce qui ressort notamment d'une étude menée par le gouvernement du Canada dans certains centres urbains, montrant que la très grande majorité des Indiens qui y vivent déclarent une affiliation à une première nation (voir Canada, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, *Affiliation aux Premières nations des Indiens inscrits résidant dans des centres urbains sélectionnés*, par Stewart Clatworthy, n° de catalogue R2-299/2003F, Ottawa, MTPSG, novembre 2000 à la p 3). Les individus n'ayant pas le statut légal « Indien », parfois appelés « non-inscrits », pourraient néanmoins appartenir à une communauté autochtone selon les règles de cette dernière et donc bénéficier de la continuité canadienne.

<sup>85</sup> Puisque le choix de la continuité canadienne serait une prérogative des peuples autochtones et non d'individus agissant purement à titre personnel, les personnes qui ne sont affiliées à aucun peuple autochtone échapperaient au principe de continuité.

positions du bloc constitutionnel autochtone<sup>86</sup>. Comme l'écrit la Commission royale sur les peuples autochtones, aux termes de cette disposition, « hormis une probable participation à la rédaction d'un projet de modification, les autochtones, en tant qu'individus, et les nations autochtones, en tant qu'entités politiques, n'ont aucun rôle officiel de ratification, si ce n'est comme votants dans un référendum fédéral ou provincial »<sup>87</sup>.

Des auteurs ont cependant avancé que, dans le contexte de la sécession du Québec, tout désengagement du Canada à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités des autochtones du Québec, de ses obligations fiduciaires et des exigences de l'honneur de la Couronne à leur égard ou de toute autre protection de droits autochtones découlant de l'ordre juridique canadien exigerait l'accord des peuples concernés<sup>88</sup>. On ne peut effectivement pas exclure totalement la possibilité que les tribunaux appliquent le principe de l'honneur de la Couronne de manière à exiger la consultation approfondie, voire le consentement, des autochtones spécifiquement touchés par un projet de révision constitutionnelle dont l'effet serait de les priver de leurs droits ou d'en diminuer la portée<sup>89</sup>. Ce développement pourrait se fonder sur une interprétation dynamique de l'article 35.1 ou sur l'honneur de la Couronne comme principe constitutionnel non écrit. La Cour suprême n'a-t-elle pas, par exemple, souligné « la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération »<sup>90</sup>? Il faut toutefois noter que l'hypothèse d'une obligation constitutionnelle d'obtenir le consentement autochtone n'est évoquée que pour protéger les autochtones contre une éventuelle violation ou diminution de leurs droits.

Cette exigence ne serait guère problématique pour les gouvernements, car il n'est nullement question de priver les autochtones de leurs droits sans leur consentement ni de renier les responsabilités du gouvernement canadien à leur égard. L'entente proposée viendrait même sécuriser davantage les responsabilités canadiennes et québécoises qui continueraient d'avoir un ancrage constitutionnel, mais qui seraient aussi, comme il est

---

<sup>86</sup> *Supra* note 12, art 35.1.

<sup>87</sup> Canada, Commission royale sur les Peuples autochtones, *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, vol 5, Ottawa, Groupe Communication, 1996 à la p 142.

<sup>88</sup> Voir notamment Hogg, *supra* note 8 aux pp 42–45. Voir aussi Radan, « Territorial », *supra* note 8 aux pp 656–62 (et les auteurs cités); Orkin et Birenbaum, *supra* note 58 aux pp 85–86; Bérard et Beaulac, *supra* note 9 aux pp 103–04.

<sup>89</sup> Pour une discussion de l'effet constitutionnel structurant du principe de l'honneur de la Couronne, voir Peter W Hogg et Laura Dougan, « The Honour of the Crown: Reshaping Canada's Constitutional Law » (2016) 72 SCLR (2<sup>e</sup>) 291.

<sup>90</sup> *Daniels*, *supra* note 16 au para 37.

expliqué plus loin, enchâssées dans un traité engageant la responsabilité internationale des deux États.

Si l'on présume que le consentement d'un peuple autochtone à tout projet portant atteinte à ses droits particuliers serait juridiquement requis et que ce peuple refuse d'approuver la révision constitutionnelle parce qu'il la considère attentatoire à ses droits ou contraire aux responsabilités canadiennes afférentes, les tribunaux pourraient être amenés à trancher. Dans l'hypothèse où il serait statué que l'entente est conforme aux droits du peuple concerné, les objections juridiques à la révision constitutionnelle seraient alors levées, ce qui n'empêcherait nullement les participants de poursuivre les discussions. Dans le cas contraire, l'entente devrait être revue pour la rendre conforme aux droits du peuple autochtone.

La décision de peuples autochtones du Québec de conserver leur lien avec le Canada, et l'engagement du Québec et du Canada de respecter ce choix, feraient de ces peuples des acteurs clés d'un traité international, ce qui est relativement nouveau. Le précédent le plus récent et le plus pertinent, bien qu'il n'ait jusqu'ici pas été mené à son terme, est le projet de *Convention nordique saamie* de 2005<sup>91</sup>. Ce projet de convention transnationale concerne directement le peuple autochtone saami. Il vise à répondre aux difficultés tenant au caractère transfrontalier de ce peuple et lui reconnaît certains droits (notamment des droits fonciers et le droit à l'autodétermination interne)<sup>92</sup>. Cette convention constituera ainsi un authentique traité international contraignant pour les États qui la ratifieront, soit la Finlande, la Norvège et la Suède. Or, ce projet a été négocié par des représentants étatiques et par des membres nommés par les parlements saamis de chacun de ces pays<sup>93</sup>. Mattias Åhrén, qui faisait partie du groupe d'experts « mixte » de rédaction de la *Convention*, explique qu'il avait été initialement envisagé que le peuple autochtone saami soit véritablement partie à l'accord. Devant le risque de priver la convention de l'effet juridique d'un traité en droit international si tel était le cas, il a été décidé que les trois États seulement en seraient partie.

---

<sup>91</sup> (16 mai 2016), en ligne (pdf) : Sámediggi <[www.sametinget.se](http://www.sametinget.se)> [perma.cc/2MTU-XSL8]. Signé le 13 janvier 2017 par la Finlande, la Norvège et la Suède, le projet poursuit son processus de ratification. Il a été en partie renégocié depuis 2011 (voir Margret Carstens, « Sami Land Rights: The Anaya Report and the Nordic Sami Convention » (2016) 15:1 *J on Ethnopolitics & Minority Issues in Europe* 75 à la p 94).

<sup>92</sup> Un ouvrage est paru sur cette question (voir Bankes et Koivurova, *supra* note 67).

<sup>93</sup> Le projet a été rédigé par un groupe d'experts comprenant des membres nommés par les gouvernements de la Finlande, de la Norvège et de la Suède, et des membres nommés par le Parlement Sami de chacun de ces pays.

En revanche, le processus de négociation et de rédaction du projet de convention ainsi que les modalités prévues pour son entrée en vigueur et ses éventuelles modifications ultérieures prennent pleinement en considération la volonté du peuple saami. C'est notamment l'accord nécessaire des parlements saamis qui démontrerait que la *Convention* est, selon Mattias Åhrén, « *a modern treaty between the Finnish, Norwegian and Swedish state-forming peoples, on one hand, and the Saami people, indigenous to the three countries, on the other* » [notes omises]<sup>94</sup>. On a pu aussi dire que ce projet était une manifestation de l'égalité entre Nations en raison du processus dans lequel il a été conçu<sup>95</sup>.

Cet exemple montre qu'il est envisageable qu'une entente internationale associe pleinement les peuples autochtones concernés aux phases de négociation et de ratification même si, sur le plan formel, ils ne sont pas partie au traité international. En effet, la souveraineté externe des peuples autochtones n'est pas encore reconnue par l'ordre juridique international, qui demande une forme étatique aux parties signataires d'un traité. Il serait possible de formaliser le consentement par la signature des représentants autochtones sans que les peuples représentés soient pour autant des États parties au sens du droit international, ou, à tout le moins, de prendre solennellement acte du consentement autochtone dans l'entente.

## 2. Les expériences supranationales comme source d'inspiration

L'objectif de l'entente sur la sécession du Québec assortie d'une continuité canadienne en matière autochtone serait de faire en sorte que les droits des peuples autochtones soient maintenus (ainsi que les responsabilités du Canada), mais aussi d'assurer leur effectivité par des mécanismes de contrôle politique et juridictionnel. Il faudrait également franchir le cloisonnement entre les ordres juridiques canadien et québécois, qui empêcherait la préservation d'un lien juridique et politique entre le Canada et les peuples concernés. Dès lors, une application du droit canadien à l'égard de personnes ou de territoires situés dans un Québec indépendant devrait nécessairement s'articuler dans le cadre d'un traité international dans lequel le Québec consentirait à l'opposabilité du droit canadien dans un champ circonscrit. Cela pourrait donc se faire par la

---

<sup>94</sup> Mattias Åhrén, « The Saami Convention » (2007) 3 *Gáldu Cála* 8 à la p 12. Åhrén poursuit « [d]espite that the Saami people could not be formal parties to the Saami Convention, the Convention undeniably marks a new partnership between the Saami and the colonizing peoples » [notes omises] (*ibid.*).

<sup>95</sup> Voir Timo Koivurova, « The Draft Nordic Saami Convention: Nations Working Together » (2008) 10:3 *Intl Community L Rev* 279 aux pp 282, 284–91.

médiation de normes supranationales qui s'imposeraient au Québec, mais qui seraient en fait canadiennes.

La pratique internationale donne à voir des traités bilatéraux comportant des caractéristiques voisines de ce qui est étudié ici. Ainsi, certains traités visant la protection des minorités nationales interviennent entre États « parents » et États de résidence, mais ils ont des effets juridiques beaucoup plus limités que ceux de l'entente canado-québécoise envisagée. En effet, même lorsqu'ils permettent une certaine autonomie des collectivités ethnoculturelles bénéficiaires, comme c'est le cas pour les îles Åland, celle-ci demeure avant tout garantie par le droit interne de l'État de résidence<sup>96</sup>. Un autre type de traité bilatéral, la cession à bail, permet à un État d'exercer les prérogatives de la puissance publique sur un territoire sans en avoir la souveraineté territoriale<sup>97</sup>. Toutefois, ce type d'accord n'aménage généralement pas un partage complexe des compétences entre les parties signataires sur le territoire concerné. Or, ce partage serait la clé de voûte de l'entente sur la continuité canadienne.

Nous proposons donc de s'inspirer des entités supranationales qui, bien que n'ayant pas pour objet de protéger les droits ou l'autonomie de minorités ou de peuples, permettent d'assurer efficacement la coordination entre les ordres juridiques, et ce dans le respect de la souveraineté territoriale. Parfois critiquée, la comparaison entre des États et des organisations internationales peut se justifier par une approche fonctionnelle du droit comparé, qui s'attache pragmatiquement à étudier des unités de comparaison selon l'objectif recherché (ici, une coordination entre ordres juridiques).

Le cas de l'Union européenne est peut-être un des exemples les plus aboutis auquel on peut penser, dans la mesure où le droit de l'Union bénéficie d'une très grande effectivité en fonctionnant par la voie de

---

<sup>96</sup> Voir par ex Lauri Hannikainen, « Autonomy in Finland: The Territorial Autonomy of the Åland Islands and the Cultural Autonomy of the Indigenous Saami People » (2002) 2 *Baltic Yearbook Intl L* 175 aux pp 177–88.

<sup>97</sup> Une des cessions à bail les plus connues est l'accord entre les États-Unis d'Amérique et la République de Cuba pour la location par les États-Unis de terres à Cuba signé en 1903 (voir généralement Elie Van Bogaert, « The Lease of Territory in International Law » dans WJ Ganshof van der Meersch, dir, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch: Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, vol 1, Bruxelles, Bruylant, 1972, 315 à la p 323). Voir aussi Michael J Strauss, « La vente et la location de territoire, une solution à la montée des eaux? » dans Géraldine Girau-deau, dir, *Les enjeux territoriaux du Pacifique*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2021, 77.

l'intégration<sup>98</sup> — c'est-à-dire une pénétration des normes produites au niveau des institutions de l'Union dans les ordres juridiques de ses États membres. Ce n'est pourtant pas la comparaison la plus adéquate, car les traités de l'Union européenne fondent une structure supranationale. Ils créent un niveau supplémentaire de prise de décisions politiques, exercé en commun avec les États membres à travers l'instauration d'organes dans lesquels ils jouissent d'un certain pouvoir de participation. Les traités européens prévoient le transfert de compétences, parfois qualifiées de souveraines, des États vers des institutions politiques communes habilitées à produire des normes législatives. Cela explique d'ailleurs la comparaison possible de l'Union avec un système fédéral<sup>99</sup>. Or, dans l'entente envisagée dans le présent article, il n'est nullement question de constituer un autre niveau de responsabilité politique en créant des institutions politiques supranationales. Il s'agit davantage de coordonner l'ordre juridique canadien avec l'ordre juridique québécois afin qu'une partie du droit édicté par le premier puisse s'imposer dans le second, dans un objectif de continuité pour les peuples autochtones.

Dès lors, il serait plus intéressant de considérer, à des fins de comparatives, les relations qu'entretient l'Union européenne avec certains États européens qui lui sont associés sans en être des États membres. L'Union européenne est en effet partie à des conventions internationales la liant d'une part à la Suisse et d'autre part à la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein dans le cadre de l'Espace économique européen (EEE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE)<sup>100</sup>.

La doctrine a d'ailleurs pu imaginer qu'en cas de retrait de l'Union d'un État membre, on pense bien sûr au « Brexit », l'ex-État membre ait un statut comparable à ces pays « associés »<sup>101</sup> soit en devenant membre

<sup>98</sup> Voir le texte fondateur de Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

<sup>99</sup> Voir généralement Aurélie Laurent, *Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada*, thèse de doctorat en droit, Universités de Toulouse et d'Ottawa, 2015.

<sup>100</sup> Voir CE, *Accord sur l'Espace économique européen*, [1994] JO, L 1/3 [Accord EEE]; *Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE)*, 4 janvier 1960, RO 1960 635 (entrée en vigueur : 3 mai 1960). La Suisse ne fait pas partie de ce système EEE/AELE (ayant signé l'accord d'association sur l'EEE mais refusé sa ratification par référendum), mais elle connaît un partenariat comparable, fondé sur une multitude d'ententes sectorielles (voir Clémentine Mazille, *L'Union européenne et la Suisse : recherches sur l'institutionnalisation d'une relation entre l'UE et un État tiers*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2014).

<sup>101</sup> Voir généralement Cécile Rapoport, *Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens : étude de la contribution de l'Union européenne à la structure juridique de l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

de l'EEE et l'AELE comme la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein, soit en négociant une entente ad hoc lui permettant par exemple de maintenir sa participation au marché intérieur de l'Union<sup>102</sup>. Le parallèle avec un Québec accédant à l'indépendance, mais qui souhaiterait continuer de faire partie d'une zone économique de libre-échange avec le Canada, est donc très frappant. Mais ce parallèle pourrait aussi servir dans un domaine de compétence très différent : le droit des peuples autochtones.

Le partenariat EEE/AELE est un traité international classique, puisqu'il ne crée pas un autre niveau de gouvernance et de responsabilité politique. Il est toutefois original dans la mesure où il concerne directement les groupes et les individus, leur donne les moyens juridiques de faire valoir leurs droits, et prévoit la réception dans l'ordre juridique des États partenaires du droit de l'Union européenne dans le secteur économique du marché intérieur<sup>103</sup>. En effet, ce partenariat entre l'Union européenne et certains États permet à ceux-ci d'accéder au marché intérieur de l'Union européenne et de faire partie de la zone de libre-échange. Il organise aussi, et surtout, une homogénéité juridique avec le droit du marché de l'Union européenne. Ainsi, la véritable extension du marché intérieur à des États non membres de l'Union demande que, sur le territoire de ces derniers, les individus et les opérateurs économiques aient des droits et obligations comparables à ceux prévus par le droit de l'Union<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Sur les différents scénarios possibles du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, voir notamment Jean-Claude Piris, « BREXIT ou BRITIN : fait-il vraiment plus froid dehors? » (26 octobre 2015), en ligne (pdf) : *Fondation Robert Schuman* <www.robert-schuman.eu> [perma.cc/3DRJ-SC3L]. Voir aussi Carl Baudenbacher, « How the EFTA Court works – and why it is an option for post-Brexit Britain » (25 août 2017), en ligne : *The London School of Economics and Political Science* <blogs.lse.ac.uk> [perma.cc/E358-TFJG] [Baudenbacher, « Option for post-Brexit »].

<sup>103</sup> Voir Skuli Magnusson et Antoine Lochet, « Fascicule 4000 : Cour AELE » aux para 8–10, dans *JCI JurisClasseur Europe Traité*.

<sup>104</sup> L'article premier de l'*Accord EEE* pose en effet que « [l]e présent accord d'association a pour objet de favoriser un renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes, dans des conditions de concurrence égales et le respect des mêmes règles, en vue de créer un Espace économique européen homogène » (*Accord EEE*, *supra* note 100, art 1). On peut en déduire une forme de conditionnalité au respect de certaines règles assurant l'égalité de traitement et de concurrence égale pour accéder à ce libre-échange régional maximisé. Tel que le démontrent différents discours du négociateur pour l'UE, Michel Barnier, les négociations post-Brexit entre le Royaume-Uni et l'Union européenne à 27 ont été caractérisées par cette volonté du côté européen de sécuriser le marché intérieur face à une concurrence déloyale ou encore des standards de protection diminués (voir par ex Michel Barnier, « Remarques de Michel Barnier suite au septième round de négociations sur un futur partenariat entre l'Union européenne et le Royaume-Uni », conférence de presse, présentée à la Commission européenne, 21 août 2020 [non publiée], en ligne (pdf) : *Commission européenne* <ec.europa.eu> [perma.cc/M98K-HZQP]; Michel Barnier, « Dis-

C'est pourquoi l'accord EEE comprend plusieurs dispositions au libellé strictement identique à celles contenues dans le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*<sup>105</sup>, et prévoit aussi un processus d'alignement sur la législation de l'Union en mettant à jour les annexes au traité, qui incorporent au fur et à mesure les évolutions législatives de l'Union. Ainsi, les États parties à l'EEE doivent se conformer à ce que l'on appelle l'acquis communautaire (ou le droit de l'Union européenne)<sup>106</sup> en respectant notamment les annexes de l'accord EEE qui font référence au droit dérivé (tant antérieur que postérieur à la signature de l'accord) intéressant l'EEE. L'accord demande la mise à jour des annexes (mais pas de manière automatique) afin de s'adapter aux actes de l'EEE, tout en permettant une application des actes de l'UE « à peu près en même temps dans l'UE et dans les États AELE »<sup>107</sup>. Enfin, et nous y reviendrons, le traité impose une interprétation de l'accord EEE conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, pour assurer le principe d'homogénéité s'agissant du contentieux. On peut dès lors conclure, comme Magnusson et Lochet, que

dans la droite ligne des principes de droit international public, la principale source du droit EEE demeure formellement l'accord EEE. Cependant, le respect du principe d'homogénéité exige en permanence que, dans l'application et l'interprétation du droit EEE, les règles du droit de l'Union européenne et leur interprétation soient prises en considération.<sup>108</sup>

En pratique, il en résulte que le droit élaboré par l'UE est appliqué directement et jouit d'une primauté dans des États qui n'en sont pas membres. Les individus et les groupes visés par ce droit peuvent le mobiliser devant les instances juridictionnelles nationales et européennes pour contester tant les lois et les actions de l'UE que celles de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent. Il n'y a, en d'autres termes, pas de différence matérielle entre la situation juridique effective des justiciables qui vivent dans l'État signataire non membre de l'UE et celle de ceux qui vivent dans un pays membre de l'UE en ce qui concerne les matières relevant de l'entente.

---

cours de Michel Barnier en séance plénière du Parlement européen », séance plénière, Parlement européen, 18 décembre 2020 [non publiée], en ligne (pdf) : *Commission européenne* <ec.europa.eu> [perma.cc/27NV-XHVU]).

<sup>105</sup> CE, [2012] JO, C 326/47.

<sup>106</sup> Voir Roman Petrov, « Exporting the *Acquis Communautaire* into the Legal Systems of Third Countries » (2008) 13:1 *European Foreign Affairs Rev* 33.

<sup>107</sup> Magnusson et Lochet, *supra* note 103 au para 24.

<sup>108</sup> *Ibid* au para 126.



Ce partenariat européen, qui dépasse le cadre du droit international classique, est riche d'enseignements dès lors qu'il s'agit de réfléchir à une entente relative à la continuité canadienne pour les peuples autochtones du Québec qui la réclameraient. Il donne un modèle juridique autorisant l'application d'une partie du droit canadien (relatif aux peuples autochtones) dans un Québec souverain, ainsi que son opposabilité tant à l'égard des autorités canadiennes que des autorités québécoises, sans pour autant créer une structure supranationale édictant un droit dérivé (ayant des compétences législatives). En ce sens, il serait peut-être plus juste d'utiliser la terminologie « transnational » plutôt que « supranational » pour qualifier ce cadre normatif. Quoi qu'il en soit, les techniques de renvoi au droit de l'Union, la mise en œuvre concrète de cette « translation normative » et les compensations en ce qui concerne la participation à la prise de décision au sein de l'espace normatif de départ (l'UE) pourraient donc servir pour élaborer un modèle d'entente et aideraient à imaginer les mécanismes précis permettant de mettre en œuvre cet objectif de continuité politique et juridique canadienne pour les peuples autochtones du Québec. C'est ce que nous proposons d'examiner en détail dès à présent.

## **II. Une proposition : mettre en œuvre la continuité canadienne par des procédés internationaux**

Pour comprendre comment fonctionnerait précisément le cadre normatif d'une continuité canadienne pour les peuples autochtones du Québec, il faut d'abord se pencher sur les techniques juridiques contenues dans l'entente qui permettraient de coordonner les ordres juridiques canadien et québécois tout en attribuant au Canada une responsabilité politique vis-à-vis des autochtones (section A). Il est ensuite nécessaire d'expliquer l'exécution de l'entente, notamment par les différents acteurs administratifs (section B) et judiciaires (section C).

### ***A. Les dispositifs de coordination des ordres juridiques***

Il faut concevoir des techniques juridiques opérant des passerelles entre le droit québécois, le droit canadien et le droit des peuples autochtones à partir de leur histoire constitutionnelle commune, tout en gardant une traçabilité de la responsabilité politique dans l'édition de ce droit.

En effet, la structure internationale permettrait de procéder à différents renvois entre l'ordre juridique du Québec indépendant et le droit canadien des peuples autochtones tel qu'il existerait au moment de l'indépendance et tel qu'il serait modifié par la suite, sans rompre le lien entre le Canada et les peuples autochtones souhaitant y rester rattachés (1). Il faut en outre penser aux mécanismes juridiques assurant l'effectivité du dispositif (2), ainsi qu'à l'application dans le temps, au moment de l'entrée en vigueur (3) et après (4).

### 1. La consécration de l'acquis canadien en matière autochtone

L'entente intervenue — qui aurait valeur de traité international entre le Québec indépendant et le Canada — devrait prévoir le maintien en vigueur au Québec du bloc constitutionnel autochtone canadien, de la citoyenneté canadienne des autochtones et de leur droit de libre circulation, ainsi que de leurs droits fondamentaux et linguistiques afférents aux questions ressortissant au champ matériel de l'entente. Des dispositions viendraient affirmer expressément que les compétences et les responsabilités canadiennes perdureraient, tout comme les lois et les règlements déjà édictés par le Canada dans l'exercice de ses compétences sectorielles relatives aux peuples autochtones. Les termes des dispositions constitutionnelles canadiennes pourraient être réaffirmés et l'application continue des principes non écrits et des règles de common law énoncée. Ainsi, la continuité canadienne pour les peuples autochtones serait opposable aux autorités canadiennes, aux autorités québécoises et aux particuliers autochtones et non autochtones vivant au Québec.

En dehors de l'affirmation du principe de continuité, l'accord devrait plus systématiquement intégrer l'acquis canadien. C'est alors que les traités européens EEE et AELE peuvent servir de source d'inspiration. S'agissant des normes fédérales législatives et réglementaires antérieures à l'indépendance, l'ensemble des termes serait matériellement repris dans l'annexe à l'entente (à condition de se situer dans le domaine du traité). Par exemple, les lois fédérales canadiennes applicables au Québec et rattachées à la compétence relative aux autochtones et à leurs terres seraient entièrement reprises dans l'entente, ce qui les rendrait directement applicables au Québec. Un « toilettage » linguistique et formel des textes pourrait toutefois être nécessaire, par exemple pour que la référence aux provinces du Canada se rapporte au Québec dans le cadre de l'accord. Une clause transversale d'interprétation de ces termes pourrait aussi remplir ce rôle pour l'ensemble du traité, en précisant l'équivalent de chaque terme dans le cadre de l'entente.

Le principe de continuité permettrait aux autorités canadiennes, même après l'entrée en vigueur de l'entente, de modifier, voire d'abroger des lois et des règlements relevant du bloc autochtone conformément aux règles canadiennes de hiérarchie des normes. Un mécanisme pour ajouter ou modifier des lois (ou règlements) dans les annexes du traité devrait par conséquent être créé, à la manière de ce qui existe dans l'accord EEE. Dans le cadre de l'EEE, c'est le Comité mixte (organe politique composé de représentants des parties contractantes) qui « décide des modifications à apporter aux annexes [de l']accord le plus tôt possible après l'adoption par la Communauté d'une nouvelle législation communautaire correspon-

dante, de façon à permettre une application simultanée de cette dernière et des modifications des annexes [de l']accord »<sup>109</sup>. Ce système semble cependant avoir ses limites. La Commission européenne s'est plainte du retard croissant dans l'application des nouveaux actes de l'Union par les trois États AELE, tandis que le Conseil regrette une « fragmentation du marché intérieur et [...] une asymétrie des droits et obligations pour les opérateurs économiques »<sup>110</sup> en raison de ces délais, des adaptations et des dérogations. Ces modalités comportent ainsi de sérieux inconvénients et, dans le cadre de l'entente discutée ici, elles pourraient faire craindre des accrocs aux principes de continuité et d'homogénéité juridiques entre les peuples autochtones du Canada et ceux du Québec.

Les limites mentionnées ci-dessus démontrent qu'il faudrait sans doute améliorer le système EEE avant de l'adapter au traité canado-québécois. La première solution serait d'opter pour une transcription automatique de la législation canadienne dans les annexes de l'entente sans aucune modification textuelle et sans l'intervention d'un comité mixte. Dans cette hypothèse, les clauses d'interprétation transversales du traité seraient les seules gardiennes de l'adaptation de la législation fédérale canadienne au contexte québécois. Ainsi, les acteurs la mettant en œuvre devraient se fier à la logique de l'entente et faire preuve de pragmatisme en cas d'inadéquation textuelle. Cette solution ne favorise donc pas de manière optimale la sécurité juridique, et il vaudrait mieux éviter que des normes qui se seraient « perdues dans la traduction/translation » ne produisent un contentieux. Par conséquent, la seconde solution serait de créer un comité mixte canadien et québécois sur la mise en œuvre de l'entente, tel qu'il existe dans l'EEE<sup>111</sup>. Il serait chargé de procéder aux adaptations, mais serait contraint de le faire dans un certain délai<sup>112</sup>. En cas de dépassement du délai, la législation serait incorporée dans les annexes en l'état, et l'on reviendrait à la première solution, qui ne serait alors qu'un pis-aller transitoire en attendant que le comité mixte ne fasse les adaptations. Le principe de continuité serait ainsi pleinement garanti. Ce comité mixte devrait en outre obligatoirement comporter des membres autochtones pour asseoir sa légitimité auprès des peuples premiers et con-

---

<sup>109</sup> *Accord EEE*, *supra* note 100, art 102.

<sup>110</sup> Piris, *supra* note 102 aux pp 6–7 (citant les conclusions du Conseil adoptées le 16 décembre 2014).

<sup>111</sup> Voir *Accord EEE*, *supra* note 100, arts 92–94.

<sup>112</sup> Ce comité ne serait pas un organe juridictionnel, de sorte qu'il ne lui serait pas loisible de filtrer la réception des normes canadiennes selon son appréciation de leur légalité ou de leur constitutionnalité.

crétiser le principe de participation de ces derniers aux décisions qui les concernent, en adéquation avec les déclarations de l'ONU et de l'OEA<sup>113</sup>.

Les évolutions postérieures du droit canadien relatif aux peuples autochtones pourraient se concrétiser à un niveau infralégislatif ou législatif, mais aussi constitutionnel. Si le droit constitutionnel canadien révisé modifie substantiellement les droits des autochtones, pourrait-on prévoir que la nouvelle disposition constitutionnelle canadienne soit intégrée à l'entente? Ce devrait être le cas si l'on adopte une conception rigoureuse du principe de continuité voulant que les autochtones du Québec continuent, malgré l'indépendance du Québec, à recevoir le même traitement que les autres peuples autochtones<sup>114</sup>.

S'agissant de la gestion des affaires internationales, l'entente aurait d'abord pour effet de reconduire la responsabilité internationale du Canada eu égard aux traités concernant une matière relevant du bloc autochtone<sup>115</sup> qu'il aurait ratifiés antérieurement à l'entente<sup>116</sup>. Cette responsabilité s'étendrait-elle aux nouvelles ratifications de conventions internationales par le Canada relativement aux peuples autochtones après l'indépendance du Québec? Bien que le Québec, en tant qu'État souverain, ne serait pas lié dans l'ordre juridique international par ces ratifications canadiennes, toute législation canadienne mettant en œuvre un accord international ratifié par le Canada devrait, si elle relève du bloc constitutionnel autochtone, être incorporée dans les annexes de l'entente et bénéficier de la sorte aux peuples autochtones du Québec<sup>117</sup>. De cette manière,

---

<sup>113</sup> Voir *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, supra note 38, arts 18–19; *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, supra note 66, arts 21(2), 23(1).

<sup>114</sup> Ceci étant, une modification d'une ampleur telle qu'elle bouleverserait le contenu et l'esprit de l'entente à laquelle le Québec aurait consenti pourrait, dans les cas les plus extrêmes, poser problème au regard du principe de droit international *pacta sunt servanda*. Dans une telle situation, une négociation en vue de la révision de l'entente serait à même de mieux sécuriser les engagements réciproques des États parties.

<sup>115</sup> Il s'agit essentiellement de conventions internationales générales comprenant des dispositions concernant directement les autochtones. C'est le cas de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (20 novembre 1989, 1755 RTNU 62, arts 17, 30 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990)), ou de certaines conventions offrant une protection particulière aux groupes ethnoculturels minoritaires.

<sup>116</sup> À la faveur de la compétence et de la responsabilité canadiennes reconduites par traité, le Canada continuerait d'exercer une compétence, une « juridiction », au Québec. Cette juridiction rendrait le Canada juridiquement responsable de ses actions au regard du droit international.

<sup>117</sup> Les peuples autochtones ayant opté pour la continuité canadienne bénéficieraient aussi du principe de droit canadien exigeant que les lois fédérales soient interprétées en conformité avec les engagements internationaux du Canada. Pour un exposé de ce prin-

la continuité canadienne serait sécurisée et les autochtones ne seraient en rien lésés dans l'hypothèse où le Québec indépendant ne ratifierait pas une convention à laquelle le Canada serait devenu partie. On retrouve d'ailleurs la même logique dans l'EEE. L'article 80 du traité prévoit en outre une coopération avec l'Union européenne sur le volet extérieur : des échanges de vues, des canaux diplomatiques, des consultations qui peuvent ainsi déboucher sur le ralliement des États de l'AELE aux déclarations politiques ou positions communes des organes de l'UE<sup>118</sup>. L'entente pourrait institutionnaliser ce type de coopération au sein d'un comité mixte qui comprendrait des représentants autochtones.

Par ailleurs, il faudrait imposer au Canada qu'il se conforme au principe du « traitement canadien » pour les peuples autochtones du Québec, ce qui empêcherait le constituant, le législateur et le gouvernement canadiens de discriminer les peuples autochtones du Québec par rapport aux peuples autochtones du Canada ou de leur accorder un traitement spécial injustifié. Cette précaution permettrait de protéger les autochtones tout en assurant au Québec que le principe de continuité juridique ne puisse (intentionnellement ou non) aboutir à une ingérence du Canada dans les affaires québécoises alors que les peuples premiers du Canada ne sont pas concernés. Dès lors, les autochtones du Québec pourraient être traités par le Canada différemment des autres peuples autochtones, mais ce traitement devrait se justifier par une différence de situation et ne saurait leur être moins favorable ou plus favorable.

## 2. La primauté, l'application directe et l'ancrage constitutionnel

Pour s'assurer de l'effectivité de la continuité juridique du droit canadien, les parties pourraient en outre prévoir expressément l'effet direct de l'entente dans l'ordre juridique québécois et sa primauté sur toutes les autres dispositions nationales. L'entente étant un traité international, les deux États seraient bien entendu tenus l'un envers l'autre de respecter les engagements auxquels ils auraient souscrit. Les particuliers (individus ou groupes) pourraient aussi se prévaloir des règles de l'entente, sans qu'aucune règle nationale ne soit nécessaire pour les préciser ou les transposer dans l'ordre juridique étatique (principe de l'effet direct). En cas de conflit entre une norme nationale et une norme supranationale de l'entente, cette dernière devrait prévaloir (principe de primauté).

Les parties pourraient s'assurer qu'en sus de sa qualité d'accord international, l'entente ait une assise constitutionnelle tant au Canada

---

cipe, voir *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54 aux para 65–66.

<sup>118</sup> Voir *Accord EEE*, *supra* note 100, art 80.

qu'au Québec. Les peuples autochtones du Québec bénéficieraient alors d'un double ancrage normatif, constitutionnel et international, et pourraient en cas de besoin user des voies de droit et des recours relatifs à cette double assise.

Le Canada s'engagerait à enchâsser l'obligation de respecter l'entente dans sa loi fondamentale et à adopter toutes les mesures législatives requises pour approuver et déclarer valide l'entente en droit canadien, ce qu'il pourrait faire en vertu de ses compétences en matière de relations internationales et de relations avec les peuples autochtones. De même, l'entente devrait exiger que la constitution québécoise non seulement confirme que les droits des peuples autochtones du Québec sont au moins égaux à ceux reconnus par la constitution canadienne, mais aussi procède à un renvoi explicite à l'entente s'agissant des modalités concrètes pour garantir une continuité avec le Canada pour les peuples autochtones qui le souhaitent<sup>119</sup>. De plus, l'entente énoncerait l'obligation pour le Québec de prévoir dans sa loi fondamentale que les autorités québécoises ne puissent modifier ou dénoncer le traité, ou consentir à sa modification ou à sa dénonciation par le Canada qu'avec l'accord des peuples autochtones concernés. L'entente exigerait en outre que les dispositions constitutionnelles québécoises renvoyant à l'entente et à l'obligation d'obtenir le consentement des autochtones ne puissent elles-mêmes être modifiées ou abrogées sans le consentement desdits peuples autochtones.

Ces arrangements constitutionnels équivaldraient à une forme de co-souveraineté, étant donné qu'ils reconnaîtraient aux peuples autochtones un véritable rôle constituant, en plus d'un pouvoir réel dans la définition des relations internationales entre le Québec et le Canada pour toutes les questions relevant du traité.

---

<sup>119</sup> Ce type de dispositions constitutionnelles renvoyant à des engagements internationaux ou supranationaux est utilisé par les États membres de l'Union européenne. Il existe ainsi des clauses constitutionnelles nationales de renvoi ou de reconnaissance du droit communautaire ou « des clauses d'intégration nationale » (voir José Sanchez, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et les clauses d'intégration nationale » (2008) 74:2 Rev fr dr constl 351 aux pp 352–54. Voir aussi *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit communautaire*, vol 2, « Constitutions nationales et droit de l'Union européenne » par Constance Grewe). Par exemple, l'article 88-1 de la Constitution française pose le principe de la participation de « [l]a République [...] à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu [des traités] » (*Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution*, JO, 5 février 2008, n° 30). Le juge constitutionnel peut dès lors s'appuyer sur une disposition constitutionnelle pour reconnaître les effets juridiques du droit de l'Union européenne.

### 3. Un dispositif transitoire étanche

Pour des raisons évidentes de sécurité juridique, il serait nécessaire de conclure cette entente en amont de la souveraineté effective du Québec afin que le régime juridique des autochtones du Québec soit prévu sans aucune possibilité de rupture ou de décalage temporel.

Il faudrait que le texte ait une valeur juridique contraignante et prévoie une date spécifique d'entrée en vigueur. Or, pour qu'il n'y ait aucune rupture pour les autochtones concernés, et pour éviter de s'interroger lors d'éventuels contentieux sur le régime juridique applicable aux autochtones entre l'accession du Québec à la souveraineté et l'entrée en vigueur de l'entente, il vaudrait mieux que les deux événements soient concomitants. Autrement dit, l'entente sur la continuité canadienne doit prévoir d'entrer en vigueur le même jour que l'indépendance du Québec.

La partition de la Tchécoslovaquie offre ici un précédent pertinent<sup>120</sup>. En effet, celle-ci s'est faite de manière consentie et concertée, et avait été précédée d'accords bilatéraux de coopération signés par les deux parties avant la date prévue de l'accession à la souveraineté de la République tchèque et de la République slovaque (notamment un accord établissant une union douanière entre les deux pays<sup>121</sup>). Un auteur a ainsi remarqué qu'il aurait fallu, en théorie, attendre l'apparition de chacune des deux Républiques comme sujets de droit international pour conclure ces accords, mais qu'en pratique leur report aurait créé d'immenses difficultés<sup>122</sup>.

Il est difficile d'imaginer quel obstacle déterminant empêcherait une reconnaissance du Québec au moment consenti par les parties, ou comment cela pourrait porter atteinte par ricochet à la validité de l'entente préconisée. Il paraît peu probable que du point de vue du droit international, la validité de l'instrument soit contestée et qu'il ne puisse s'appliquer au jour un de l'indépendance du Québec. Cependant, il est toujours possible de s'en assurer en insérant dans l'entente certaines dispositions pour éviter toute ambiguïté. Premièrement, une clause explicative pourrait préciser que les parties veulent faire de cet accord un traité de droit international en vigueur dès le premier jour de l'indépendance du Québec. Deuxièmement, une clause pourrait organiser une ratification de

---

<sup>120</sup> Voir Jirí Malenovsky, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie » (1993) 39 AFDI 305.

<sup>121</sup> Voir *ibid* aux pp 321–22.

<sup>122</sup> Voir *ibid* à la p 322, citant Miroslav Potočný, « Smlouva mezi Českou republikou a Slovenskou republikou o dobrém sousedství, přátelských vztazích a spolupráci » [Traité entre la République tchèque et la République slovaque sur le bon voisinage, les relations amicales et la coopération] (1993) 8 Právník 679.

l'entente par le Québec à la date de son indépendance. Troisièmement, si l'entente était ultérieurement officialisée par les deux États, une clause expresse de rétroactivité à la date de l'indépendance du Québec pourrait être prévue<sup>123</sup>.

Enfin, l'entente devrait stipuler qu'elle n'entre en vigueur — et donc que le Québec n'accède à l'indépendance — que lorsque le Canada aura adopté toutes les mesures pour la rendre valide et opposable en droit canadien au moment de l'indépendance, et que la constitution québécoise contenant toutes les garanties exigées par le traité en faveur des autochtones aura été adoptée — étant entendu que la date de sa promulgation serait la même que celle de l'indépendance du Québec.

#### 4. La modification, la dénonciation et le retrait

Le traité devrait en outre être de durée illimitée. De plus, les parties contractantes devraient s'engager à obtenir l'accord des peuples autochtones concernés avant de modifier le traité d'une manière portant atteinte à leurs droits, de le dénoncer ou de consentir à sa dénonciation par l'autre partie étatique<sup>124</sup>. Les peuples autochtones seraient dès lors partie prenante aux décisions concernant l'évolution du traité, ce qui leur donnerait un statut fonctionnellement équivalent à celui des parties contractantes étatiques.

De manière générale, les négociations de traités avec les peuples autochtones permettant de solder les revendications foncières et de mettre en place l'autonomie gouvernementale autochtone ne seraient pas stoppées par l'entente. Elles auraient vocation à être poursuivies, quel que soit leur contenu. La conclusion de nouveaux traités et de compromis propres à satisfaire tel ou tel peuple autochtone pourrait d'ailleurs rendre inutile, de leur point de vue, la préservation de leur lien avec le Canada. L'accord pourrait ainsi prévoir un « droit de retrait » de chacun des peuples autochtones concernés, selon leur mode de décision propre. Un peuple autochtone pourrait donc sortir définitivement de l'entente pour passer à une relation bilatérale avec le Québec.

---

<sup>123</sup> Ce n'est pas l'usage en droit international, mais l'article 28 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne l'interdit pas non plus (23 mai 1969, 1155 RTNU 354, art 28 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980)).

<sup>124</sup> Le projet de *Convention nordique saamie* prévoit également que tout amendement de la *Convention* sera fait en coopération avec les trois parlements saamis et devra être approuvé par eux, dans les mêmes conditions que leur approbation de la *Convention* permettant la ratification par les États (*supra* note 91, art 51).



### ***B. Les aménagements politiques, financiers et administratifs***

La responsabilité politique à l'égard des peuples autochtones demeurerait matériellement canadienne (et non pas supranationale) pour ce qui est des affaires relevant du Canada. C'est pourquoi il faut déterminer la nature de la participation du Québec et des peuples autochtones qui y vivent dans les décisions politiques canadiennes (1). En outre, une nouvelle répartition administrative et financière propre à assurer l'application de l'entente serait indispensable (2).

#### 1. Les compensations dans la participation aux prises de décision

Un Québec indépendant ne saurait continuer à pourvoir comme avant des représentants à la Chambre des communes canadienne, ni au sein de l'exécutif fédéral. De même, il n'y aurait plus de sénateurs du Québec. Les décisions politiques canadiennes relevant du domaine de l'entente produiraient donc leurs effets dans un Québec indépendant qui n'aurait pas eu son mot à dire au sein des institutions qui les prendraient. Il faudrait alors réfléchir à des modalités tendant à compenser cette perte d'influence du Québec. On ne saurait, en effet, minimiser l'importance du sacrifice démocratique auquel le Québec devrait consentir pour mettre en œuvre la continuité canadienne au profit des peuples autochtones.

Le Canada devrait être tenu de respecter un mécanisme préalable d'information et de consultation des autorités québécoises compétentes. Si l'on s'inspire à nouveau de la structure EEE/AELE, on observe que le traité prévoit un droit de consultation et d'information de bonne foi. Ainsi, la Commission européenne doit informellement solliciter l'avis d'experts des États de l'AELE, informer les États AELE de ses propositions, et échanger éventuellement à ce sujet au sein du comité mixte EEE à la demande d'une partie<sup>125</sup>. Ces experts AELE sont ensuite associés aux travaux des comités qui assistent la Commission européenne<sup>126</sup>. On pourrait, sur ce modèle, prévoir que le comité mixte tripartite serve de forum de discussion pour les projets ou propositions de lois ou de règlements canadiens relevant du domaine du traité. Ce comité serait composé des ministres aux affaires autochtones de chacun des deux États ainsi que de leurs représentants, si bien que le législateur canadien pourrait tenir compte des particularités québécoises dans l'élaboration des normes

---

<sup>125</sup> Voir *Accord EEE*, *supra* note 100 (« Dès que la Commission des CE élabore une nouvelle législation dans un domaine régi par le présent accord, elle sollicite de manière informelle l'avis d'experts des États de l'AELE, au même titre qu'elle demande l'avis d'experts des États membres de la CE pour l'élaboration de ses propositions », art 99(1)).

<sup>126</sup> Voir *ibid*, art 100.

canadiennes vis-à-vis des autochtones. Il faudrait en outre prévoir en amont un droit d'information du ministère compétent au Québec dès qu'un projet ou une proposition dans le domaine du traité serait élaboré. Ces informations et consultations des autorités québécoises compétentes (et de leurs experts) ne sauraient être complétées par une autre forme de participation : le Québec n'aurait ni droit de veto, ni droit de peser dans le vote des lois dans une fédération qu'il a choisi de quitter<sup>127</sup>.

En revanche, étant donné que le domaine de l'entente ne porterait pas uniquement sur une matière spécifique, mais viserait des sujets de droit particuliers, les peuples autochtones, il faudrait que ces derniers puissent participer aux processus décisionnels les concernant. Il apparaît indispensable que des représentants autochtones siègent au sein du comité mixte, soient consultés et participent à l'élaboration des lois et règlements canadiens, à l'instar des représentants du Québec.

## 2. La mise en œuvre financière et administrative de la continuité canadienne

Pour que le Canada puisse poursuivre ses politiques fédérales à l'égard des peuples autochtones du Québec, il lui faudrait mobiliser un certain budget à même de financer ses différents programmes. Celui-ci devrait être établi dans l'entente. En outre, une fois le bloc autochtone canadien reconduit par l'intermédiaire de l'entente internationale, celle-ci devrait assurer que ce droit soit effectivement appliqué par les pouvoirs exécutifs et administratifs compétents.

La mise en œuvre pécuniaire de l'entente serait sans doute un des points clés sur lesquels les négociateurs de l'entente devraient trouver un compromis. Le Canada étant dépourvu de tout pouvoir de taxation dans un Québec souverain, il paraît plausible qu'il demande au Québec de contribuer aux dépenses budgétaires qu'il engagerait pour les autochtones du Québec. La formule de la compensation financière exacte du Québec pour les programmes canadiens devrait ainsi être précisée dans l'entente, comme cela est d'ailleurs le cas dans les accords EEE/AELE en Europe<sup>128</sup>.

En outre, le budget de fonctionnement de la modeste structure supranationale (puisque dépourvue de compétences législatives) devrait aussi être prévu dans l'entente pour s'assurer de sa pérennité financière — notamment en ce qui concerne les éventuels fonctionnaires internationaux contribuant à la mise en œuvre de l'entente. Le budget à prévoir dé-

<sup>127</sup> Il nous semble cependant envisageable que les autochtones du Québec concernés puissent élire un député canadien.

<sup>128</sup> Cette contribution financière des États EEE/AELE au budget de l'UE a pu d'ailleurs être jugée « d'une importance comparable à celle de la contribution d'un État membre » (Paris, *supra* note 102 à la p 7).

pendrait alors en grande partie du type d'administration prévue par l'entente.

Pour être effective, l'entente devrait être répercutée au quotidien auprès des peuples autochtones concernés et de la population en général. Elle serait en effet conçue pour que les normes d'origine canadienne soient opposables aux autorités d'exécution sur le terrain<sup>129</sup>. La question est dès lors organique : quels seraient les organes et le personnel responsables de cette administration? Plusieurs hypothèses sont envisageables. L'administration chargée de la mise en œuvre pourrait se rattacher organiquement au Canada (au gouvernement fédéral), aux peuples autochtones, ou encore au Québec. Elle pourrait également être partagée entre ces acteurs.

L'approche *a priori* la plus évidente part de l'idée que, si la continuité juridique était instaurée, devrait aussi suivre une « continuité administrative ». Ceci aurait pour conséquence que les fonctionnaires fédéraux canadiens conserveraient leur rôle d'interlocuteurs auprès des autochtones. Cette solution a en outre l'avantage d'être particulièrement claire sur le plan de la responsabilité politique, puisque le gouvernement canadien rendrait ainsi directement compte de ses actions auprès des peuples autochtones du Québec. Pour qu'une telle continuité administrative soit assurée, il faudrait prévoir que le statut des institutions, des agents, des infrastructures et des établissements ou bureaux soit réglé entièrement par le Canada et soit soumis au droit fédéral. Ce simple renvoi à l'administration canadienne marquerait toutefois une concession de taille de la part du Québec quant à la maîtrise effective de son territoire et, partant, de l'exercice de sa souveraineté. Cette concession serait d'autant plus grande si le Canada demandait une compensation financière au Québec sans que ce dernier n'ait de contrôle sur la mise en œuvre de l'entente et du droit qui en découle. Dans cette hypothèse, on considérerait, un peu à l'instar d'un auteur, qu'il existerait des sortes de consulats sur les territoires autochtones concernés pour représenter l'administration publique du Canada au Québec dans le domaine autochtone visé par le traité<sup>130</sup>.

Il est aussi envisageable que les peuples autochtones soient eux-mêmes les administrateurs des politiques canadiennes. Ainsi, pour optimiser l'autonomie autochtone au Québec, le Canada pourrait organiser un régime de transfert de ses responsabilités réglementaires et adminis-

---

<sup>129</sup> Les principes d'effet direct et de primauté procurent une telle effectivité. La condition préalable est celle de la validité de la norme d'origine canadienne fondée sur le partage des compétences prévu dans l'entente.

<sup>130</sup> Voir Lisée, *supra* note 10.

tratives aux peuples autochtones qui acceptent ces responsabilités<sup>131</sup>. Ces attributions viendraient s'ajouter aux compétences législatives et administratives propres qu'ils auraient en vertu de la constitution, de traités, de droits ancestraux ou de lois canadiennes, ainsi que de lois québécoises dans la mesure où celles-ci sont conformes à l'entente. Un tel dispositif contribuerait fortement au développement d'une gouvernance en accord avec les réalités et les besoins des autochtones. En effet, ces derniers mettraient en place et prendraient en charge des services dont ils détermineraient eux-mêmes les priorités.

On peut également envisager que le Québec soit désigné par le Canada pour assurer, au moins en partie, la mise en œuvre des politiques autochtones décidées au niveau fédéral canadien. Cette approche serait calquée sur la délégation oblique qui est conforme à la culture constitutionnelle connue des acteurs. En continuité par rapport au droit constitutionnel canadien tel qu'il existe aujourd'hui, l'utilisation de cette technique dans le cadre de l'accord transnational ne semblerait pas poser *a priori* de difficultés particulières aux juristes et administrateurs canadiens, québécois et autochtones. De fait, le principe d'administration indirecte est bien connu dans les structures supranationales comme l'Union européenne (mais également l'EEE). Ainsi, dans l'Union européenne, en dehors de quelques exceptions, la mise en œuvre des normes européennes passe par des organes initialement étatiques, mais qui sont aussi au service de l'Union. Certes, cette « incapacité administrative »<sup>132</sup> a parfois été considérée comme étant une faiblesse de l'Union européenne, mais cette solution est plus respectueuse de la souveraineté des États.

Il se pourrait toutefois que les autochtones considèrent cette technique d'exécution comme une concession qui les éloignerait trop de l'objectif de continuité. Une solution de compromis consisterait alors non pas à écarter toute délégation au Québec, mais à impliquer les peuples autochtones dans le processus. En cas de délégations obliques en faveur du Québec, le consentement préalable des peuples autochtones intéressés devrait être prévu.

Ainsi, le traité transnational pourrait instaurer un principe de mise en œuvre par des autorités canadiennes tout en leur donnant explicitement la possibilité de recourir à des mécanismes permettant une administration autochtone, québécoise ou mixte des normes canadiennes au

---

<sup>131</sup> Comme cette solution pourrait aller à l'encontre du principe du traitement canadien, il faudrait qu'elle soit clairement autorisée par l'entente.

<sup>132</sup> Andrew Moravcsik, « Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality » dans Kalypso Nicolaidis et Robert Howse, dir. *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 161 aux pp 170–71.

Québec. La responsabilité politique du Canada envers les peuples autochtones serait ainsi entièrement conservée. L'entente pourrait, si besoin, délimiter des domaines ou des matières pour lesquels ces mécanismes seraient admis. Quoi qu'il en soit, une priorité accordée aux peuples autochtones dans l'administration des décisions les concernant par le biais de transferts de responsabilités offre des avantages. Une telle priorité (pouvant être encadrée matériellement dans l'entente) irait non seulement dans le sens d'une plus grande autonomie revendiquée par les peuples autochtones, mais elle éviterait aussi au Québec de voir des agents canadiens mettre en œuvre sur son territoire des normes édictées à Ottawa.

Il faudrait cependant que les organes chargés de l'administration des normes canadiennes agissent conformément aux normes de base, tant celles de l'entente elle-même que celles issues du bloc constitutionnel autochtone qui y sont transposées. Un dispositif contentieux et juridictionnel efficace et légitime devrait remplir cette fonction.

### *C. La mise en œuvre judiciaire de l'entente*

Concevoir un système juridictionnel est indispensable au bon fonctionnement de la continuité canadienne pour les autochtones et mérite une attention particulière étant donné l'importance du contentieux judiciaire dans le règlement des « questions autochtones ».

#### 1. Nécessité d'une clause d'interprétation conforme

Pour assurer la persistance de l'acquis canadien et le maintien d'une homogénéité juridique entre les peuples autochtones du Québec et ceux du Canada, une clause d'interprétation conforme devrait être insérée dans le traité. Une telle clause garantirait aux autochtones du Québec que le tribunal compétent pour connaître de tout conflit relatif à la continuité canadienne et au bloc autochtone canadien le trancherait en utilisant la jurisprudence par ailleurs applicable au Canada sur le sujet.

Ainsi, si l'on s'inspire à nouveau de l'accord EEE, on relève qu'il comprend une clause d'interprétation conforme à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice européenne antérieure à la signature, et que « l'interprétation des dispositions postérieures à la signature doit se faire en tenant compte des principes établis par la jurisprudence de l'Union européenne postérieure à la signature »<sup>133</sup>. S'il existe une nuance dans l'obligation d'homogénéité juridique avec la jurisprudence de référence, selon qu'il s'agisse de normes antérieures ou postérieures à l'accord international, la pratique contentieuse a toutefois montré qu'une telle distinc-

---

<sup>133</sup> Magnusson et Lochet, *supra* note 103 au para 49.

tion ne produisait pas d'effet concret dans l'interprétation prétorienne. Ce faisant, dans le système EEE, les juges appliquent indifféremment la jurisprudence de la Cour de justice européenne antérieure ou postérieure à l'accord, et l'homogénéité juridique se trouve effectivement maintenue<sup>134</sup>. De même, l'entente sur la continuité canadienne devrait prévoir une interprétation conforme à la jurisprudence établie au moment du litige. Cela permettrait que l'acquis autochtone canadien perdure au Québec dans la lignée des jurisprudences antérieures et postérieures à l'entente des juridictions fédérales canadiennes et de la Cour suprême du Canada.

Dès lors, les questions à résoudre sont de savoir, premièrement, quelles seraient les juridictions chargées de trancher les litiges relatifs à l'entente et au droit qu'elle reproduirait, et, deuxièmement, selon quelles modalités de saisine — notamment, lorsque des requérants entendent contester ou se prévaloir d'une norme canadienne prévue dans l'accord supranational en matière autochtone.

## 2. Assurer une continuité juridictionnelle avec le Canada

En général, les États définissent unilatéralement leurs critères de compétence judiciaire, parmi lesquels la territorialité reste prépondérante (même si les clauses contractuelles attributives de juridiction ou encore la nationalité d'une des parties peuvent intervenir)<sup>135</sup>. Mais certaines conventions internationales ont aussi pour objet de régler les conflits de juridictions dans certaines matières, en particulier dans le cadre de l'Union européenne ou avec les pays qui y sont associés<sup>136</sup>. On pourrait donc parfaitement envisager que l'entente entre le Québec et le Canada organise la compétence judiciaire dans le domaine du bloc autochtone qu'elle régit.

<sup>134</sup> Voir Inga Kawka, « The Dialogue between the ECJ and the EFTA Court from the Perspective of the Homogeneity Principle » (2016) Centre d'études juridiques européennes Document de travail 10/2016 à la p 6; *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland* (2003), EFTA Court, E 1/03 au para 27, en ligne : *EFTA Court* <efta-court.int> [perma.cc/PL26-QGGQ].

<sup>135</sup> Sur cette vaste question en droit international privé, voir par ex Franz Matscher, « Étude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales » (1978) 161 *Collected Courses Hague Academy Intl L* 127.

<sup>136</sup> Voir *Convention sur les accords d'élection de for*, 30 juin 2005, en ligne : *Conférence de La Haye de droit international privé*, <www.hcch.net> [perma.cc/7MER-HMPA]. Pour l'Union européenne, voir CE, *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2001] JO, L 12/1 (dit « Bruxelles I »), modifié depuis par CE, *Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2012] JO, L 315/1.

Un appareil juridictionnel pourrait dès lors être mis en place de manière à équilibrer les intérêts québécois, canadiens et autochtones.

### 3. Perpétuer la dualité juridictionnelle actuelle

L'option d'attribuer l'ensemble du contentieux de l'entente uniquement aux juridictions québécoises ne paraît pas être la plus apte à assurer la continuité, bien qu'une telle option serait à la fois simple et respectueuse de la souveraineté du Québec. Une approche de nature à maximiser la logique de continuité institutionnelle et procédurale pourrait consister à s'inspirer fortement du statu quo judiciaire. Le régime actuel autorise tout intéressé à saisir un tribunal québécois<sup>137</sup> lorsque le litige met en cause une loi ou une action gouvernementale québécoise<sup>138</sup>. Après avoir épuisé ses recours au sein de la hiérarchie judiciaire québécoise, le justiciable peut solliciter la permission d'être entendu par la Cour suprême du Canada. Lorsque c'est une action fédérale qui est au cœur d'un différend, la Cour fédérale est parfois la seule à pouvoir en connaître en première instance et en appel<sup>139</sup>, étant entendu que la Cour suprême du Canada peut, à la demande d'une partie, accepter de se saisir de l'affaire. Tant le tribunal québécois que la Cour fédérale peuvent trancher de manière incidente (ou à titre principal dans le cas des cours supérieures provinciales) les questions constitutionnelles telles que celles se rapportant au partage fédératif des compétences, aux droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones, et à la *Charte canadienne*<sup>140</sup>.

Ainsi, l'entente pourrait s'attacher à perpétuer autant que possible, sans nécessairement la reconduire parfaitement, cette dualité juridictionnelle surplombée par une juridiction suprême qui assurerait, à la faveur d'un mécanisme de filtrage des dossiers, une interprétation et une mise en œuvre intégrées du bloc constitutionnel autochtone canadien au Québec. Appliquant le principe de confiance mutuelle en matière judiciaire, le Canada et le Québec accepteraient par traité de reconnaître la compé-

---

<sup>137</sup> Le Québec peut constituer des tribunaux de première instance et d'appel (voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 20, art 92(14)). Il faut préciser toutefois que c'est l'exécutif fédéral qui nomme les juges des cours supérieures et des cours d'appel des provinces (voir *ibid*, art 96).

<sup>138</sup> La Cour supérieure d'une province peut, en vertu de sa compétence inhérente, aussi statuer sur la constitutionnalité d'une loi fédérale.

<sup>139</sup> Par exemple, l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère une compétence exclusive à cette cour en matière de contrôle judiciaire de la légalité de l'action gouvernementale fédérale (LRC 1985, c F-7, art 18).

<sup>140</sup> La Cour fédérale émet régulièrement des déclarations d'ineffectivité ou d'invalidité de lois fédérales (voir Han-Ru Zhou, « Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts' Constitutional Judgments » (2019) 97 R du B can 276 aux pp 282–86).

tence et l'autorité des tribunaux de l'autre selon que le litige soit québécois ou canadien. À la demande de toute partie intéressée, les juridictions québécoises et canadiennes pourraient trancher — dans leur domaine respectif d'attribution et dans le respect de la clause d'interprétation conforme — toute question concernant les normes et les modalités de la continuité canadienne, y compris celles se rapportant à la délimitation du bloc constitutionnel autochtone, et donc à la portée de l'application du droit matériellement canadien au Québec.

L'entente devrait enfin prévoir que les juridictions compétentes auraient au moins les mêmes pouvoirs de réparation et de redressement que ce qui existe en droit canadien.

#### 4. Une « cour suprême » mixte pour assurer l'interprétation uniforme de l'entente

Il n'apparaîtrait pas conforme au fait que l'entente entre le Canada et le Québec soit une entente entre États souverains de confier à la Cour suprême du Canada, au sein de laquelle ne siègerait aucun juge québécois, le rôle formel d'arbitre ultime des litiges relatifs à cette entente. Il devrait plutôt être loisible aux justiciables ayant franchi les échelons de l'ordre judiciaire concerné, à l'exclusion de celui de la Cour suprême canadienne<sup>141</sup>, d'interjeter appel d'un jugement québécois ou canadien devant une juridiction suprême mixte qui, sur permission, accepterait de trancher le litige. Cette cour pourrait être, d'un point de vue organique, intégrée fonctionnellement à la Cour suprême du Canada. Elle agirait à titre de juridiction supranationale *ad hoc* et serait composée de juges canadiens et québécois dans une proportion comparable à celle de la Cour suprême du Canada actuelle (si l'on veut être ici aussi dans la stricte continuité) ou bien de manière paritaire (si l'on entend favoriser l'optique supranationale attentive au principe d'égalité entre États)<sup>142</sup>.

Il faudrait en outre saisir l'occasion d'innover en incorporant une composante autochtone dans cette juridiction, par exemple en exigeant la présence d'un juge autochtone, en rendant obligatoires pour tous les juges de

---

<sup>141</sup> Il ne semble en effet pas possible d'envisager un appel d'une décision de la Cour suprême du Canada devant la juridiction supranationale puisque la clause d'interprétation conforme lui imposerait le respect de la jurisprudence pertinente de cette même Cour suprême.

<sup>142</sup> Pour poursuivre l'analogie avec le système juridictionnel de l'EEE /AELE, nous serions dès lors dans l'hypothèse de la juridiction commune à l'EEE et à l'UE, qui avait été au départ envisagée : « Ce projet envisageait la création de liens organiques entre cette nouvelle Cour EEE et la Cour de justice des Communautés européennes, prévoyant de faire siéger à cette Cour EEE cinq juges de la Cour de justice et trois juges en provenance des cinq États de l'AELE » (Magnusson et Lochet, *supra* note 103 au para 3).



posséder des compétences spécifiques en droit autochtone et en donnant un pouvoir de nomination aux collectivités autochtones.

Cette juridiction mixte devrait, selon la clause d'interprétation conforme, suivre la jurisprudence de la Cour suprême du Canada relative à toute question se rapportant au droit matériellement canadien rendu applicable au Québec par l'entente internationale. Ceci étant, on pourrait craindre que cette juridiction ad hoc confrontée à des problèmes non résolus par la jurisprudence canadienne ne fasse preuve d'une trop grande audace. Un lien organique avec la Cour suprême du Canada (par exemple, si la juridiction mixte comprenait obligatoirement parmi ses membres le juge en chef de la Cour suprême du Canada et d'autres juges désignés par ce dernier) pourrait réduire le risque d'asymétrie jurisprudentielle entre les deux juridictions. À titre de comparaison, et alors même qu'il n'y a pas ce lien organique entre les cours, le « dialogue » entre la Cour AELE et la Cour de justice de l'UE fonctionne plutôt bien<sup>143</sup>.

En outre, pour protéger de manière plus étanche l'autonomie du droit canadien et garantir la continuité, il serait possible de prévoir une faculté de saisine de la Cour suprême du Canada pour avis simple, de manière à ce que la juridiction supranationale s'assure que l'interprétation est conforme au droit canadien, sans pour autant créer un rapport hiérarchique<sup>144</sup>.

Comme dans le cadre contentieux classique du droit international, cette juridiction pourrait ainsi être ouverte aux États parties pour contrôler le respect de chacun de leurs engagements.

## Conclusion

Le paysage juridique qui résulterait de l'entente discutée dans cet article différerait de celui imaginé par les tenants d'une conception puriste ou traditionnelle de l'indépendance du Québec. En effet, par le détour d'un traité international signé entre États égaux, le bloc constitutionnel autochtone canadien continuerait de s'appliquer sur le territoire québécois, autorisant dès lors le Canada à voter des lois et à mettre en place des politiques applicables aux peuples autochtones du Québec ayant opté

---

<sup>143</sup> Voir Kawka, *supra* note 134; Carl Baudenbacher, « The Judicial Dimension of the European Neighbourhood Policy » (2013) aux pp 9–15, en ligne (pdf) : *College of Europe: Department of EU International Relations and Diplomacy Studies* <coleurope.eu> [perma.cc/9YJ4-NNFA].

<sup>144</sup> Dans l'accord AELE, il existe ce type de « procédure spéciale en cas de divergences de jurisprudence entre les deux Cours. Cette procédure n'a jamais été mise en œuvre dans la pratique » (Magnusson et Lochet, *supra* note 103 au para 47). À ce sujet, voir aussi Baudenbacher, « Option for post-Brexit », *supra* note 102.

pour ce régime. Le Canada, dont les obligations fiduciaires seraient reconduites, resterait redevable aux autochtones concernés du respect de l'honneur de la Couronne, des traités, des droits ancestraux et de tout autre droit reconnu aux autochtones par la constitution et la loi canadiennes ainsi que la common law. L'administration canadienne pourrait agir sur le territoire québécois et des tribunaux canadiens pourraient toujours entendre des affaires relatives à la continuité canadienne. De surcroît, le Québec n'aurait pas de représentation politique directe au sein des institutions politiques canadiennes adoptant les lois et prenant les décisions relevant de l'entente.

Ces compromis seraient d'une ampleur telle qu'un État souverain ne pourrait y consentir que pour la sauvegarde d'intérêts de la plus haute importance. Or, il s'agirait pour le Québec de prendre acte d'une décision historique de peuples premiers, et ainsi prendre son indépendance dans le respect de leur libre choix. Le Québec répudierait ainsi l'approche héritée de l'ordre colonial britannique qui consiste pour les gouvernements à négocier entre eux des cadres constitutionnels affectant directement les droits des peuples autochtones sans qu'ils soient partie prenante. Tempérée dans son exercice, l'indépendance du Québec serait fortifiée dans sa légitimité.

La mise en place de la continuité canadienne serait d'emblée en butte à des obstacles politiques. L'écueil le plus important pourrait être l'art délicat de faire accepter par tous les acteurs du processus de révision constitutionnelle un éventuel accord de sécession dont l'entente de continuité canadienne ferait partie. La doctrine évoque la difficulté de procéder à des modifications constitutionnelles majeures au Canada en général<sup>145</sup>, et dans le contexte de la sécession du Québec en particulier<sup>146</sup>.

Le risque d'une impasse existe, mais les prophéties d'échec assuré surestiment peut-être la capacité juridique des protagonistes d'agir arbitrairement, et sous-estiment certainement les ressources du droit en présence d'une situation justifiant de dépasser des blocages préjudiciables aux intérêts légitimes des parties prenantes à une entente négociée de bonne foi et conforme aux principes structurels dégagés par la Cour suprême<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Voir notamment Richard Albert, « The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada » (2015) 53:1 *Alta L Rev* 85 aux pp 86–87.

<sup>146</sup> Voir notamment Bérard et Beaulac, *supra* note 9 aux pp 117–19.

<sup>147</sup> Diverses voies juridiques de sortie d'une éventuelle impasse ont été mises de l'avant par certains auteurs (voir notamment Hogg, *supra* note 8 aux pp 27–29; Courtois, *supra* note 4 aux pp 873–75).

## DOMESTIC CONTRACTS AND FAMILY LAW EXCEPTIONALISM: AN HISTORICAL PERSPECTIVE

*Luke Taylor\**

Since at least the late 1980s, the enforceability of domestic contracts in Canadian common law has tended to be analyzed in terms of a formal equality/substantive fairness dichotomy. This paper suggests that our understanding of the common law of domestic contracts in Canada can be enriched by adding an historical lens to existing analyses. Specifically, the paper argues that the Supreme Court of Canada's decision in the *Pelech v. Pelech* trilogy was not only an attempt to inject the ideology of contract into family law, but also amounted to a continuation of long-standing approaches to separation agreements in English and Canadian law—an approach that rendered the treatment of separation agreements and the result in *Pelech* historical outliers when considered against broader exceptionalizing trends in judicial and scholarly approaches to agreements touching upon the family. From this perspective, the retreat from *Pelech* in the subsequent Supreme Court of Canada cases of *Miglin v. Miglin*, *Hartshorne v. Hartshorne*, and *Rick v. Brandsema* was, therefore, also a move away from the historically distinctive approach to separation agreements, and the continuation of much older processes of exceptionalism within family law.

Depuis au moins la fin des années 1980, le caractère exécutoire des contrats familiaux dans la common law canadienne a eu tendance à être analysé sous l'angle d'une dichotomie égalité formelle/équité matérielle. Cet article suggère que notre compréhension de la common law des contrats familiaux au Canada peut être enrichie par l'ajout d'une perspective historique aux analyses existantes. Plus précisément, le document soutient que la décision de la Cour suprême du Canada dans la trilogie *Pelech c. Pelech* n'était pas seulement une tentative d'introduire l'idéologie contractuelle dans le droit de la famille, mais aussi une continuation des approches suivies de longue date en matière de conventions de séparation en droit anglais et canadien — une approche qui a rendu le traitement des conventions de séparation et la décision dans *Pelech* historiquement aberrants lorsqu'on les considère par rapport aux tendances générales plus larges des approches judiciaires et universitaires des conventions dans le domaine familial. De ce point de vue, le recul par rapport à *Pelech* dans les affaires subséquentes de la Cour suprême du Canada *Miglin c. Miglin*, *Hartshorne c. Hartshorne* et *Rick c. Brandsema* a donc également constitué un éloignement de l'approche historique distinctive des conventions de séparation et la poursuite de processus d'exceptionnalisme beaucoup plus anciens au sein du droit de la famille.

---

\* Assistant Professor, Lincoln Alexander School of Law, Ryerson University. This article was completed while I was a CGS Bombardier Scholar and doctoral student at the Faculty of Law, University of Toronto, and a Boulton Fellow at the Faculty of Law, McGill University. I would like to thank the SSHRC and the Faculties of Law at the University of Toronto and McGill University for their support. In particular, I would like to express my profound gratitude to Professors Brenda Cossman and Kerry Ritich, and Dean Robert Leckey, for their insightful comments and feedback on earlier versions of this article. Thanks also to the anonymous reviewers for their excellent suggestions, and to the editors and editorial team of the *McGill Law Journal* for their outstanding work. Any errors are mine alone.

<b>Introduction</b>	305
<b>I. The Exceptional Legal Family</b>	308
<b>II. Exceptionalism in English Law</b>	311
<b>III. Transplanting Exceptionalism into Canadian Law</b>	315
<b>IV. From <i>Pelech</i> to <i>Rick</i>, or Contract to Exceptionalism</b>	319
<i>A. Separation Agreements as Ordinary Contracts</i>	319
<i>B. Seeds of Exceptionalism</i>	324
<i>C. Exceptionalism Recognized</i>	325
<i>D. A Tentative Extension</i>	329
<i>E. Exceptionalism Confirmed (and Extended)</i>	331
<b>Conclusion</b>	335

---

## Introduction

Since at least the late 1980s, the enforceability of domestic contracts in Canadian common law has tended to be analyzed in terms of a formal equality/substantive fairness dichotomy. On the one side stand judges and scholars who view domestic contracts, in particular separation agreements, as tantamount to ordinary commercial contracts. Those on this side of the dichotomy hold that the goal of equality for women is best served by upholding private ordering and treating domestic contracts in a strict, formalistic manner. On the other side, one finds judges and scholars who view domestic contracts as inherently distinct from ordinary contracts owing to their nexus with the family and its distinctive personal relations. From this perspective, judicial intervention into the substance of domestic contracts may advance the goal of fairness in family law dispute resolution by ensuring that parties, particularly women, are not disadvantaged by bargaining practices falling short of ordinary common law unconscionability.

This article takes seriously this narrative of competing interests and ideologies, but it suggests that our understanding of the common law of domestic contracts in Canada can be enriched by adding an historical lens to existing analyses.<sup>1</sup> Specifically, this article argues that the Supreme Court of Canada's decision in the *Pelech v. Pelech* trilogy<sup>2</sup>—usually read as the high-water mark of the formal equality approach—was in fact a continuation of long-standing approaches to separation agreements in English and Canadian law. This historical treatment of separation agreements, and the result in *Pelech*, cuts against broader trends in judicial and scholarly approaches to agreements touching upon the family. As this article shows, judges and scholars in England in the nineteenth and twentieth centuries created the field of family law partly by emphasizing

---

<sup>1</sup> In this paper I use the term “domestic contract” to denote ante-nuptial and post-nuptial agreements, including agreements governing the terms of marriage and separation (respectively, “marriage contracts” and “separation agreements”). The term “domestic contract” may also include agreements between cohabitants (“cohabitation agreements”) and paternity agreements (see *Family Law Act*, RSO 1990, c F.3, s 51). I am only concerned with agreements between married couples (marriage contracts and separation agreements), though the principles outlined in the cases discussed herein may also be applicable to cohabitation agreements, depending upon the particular statutory scheme in question. I am also not concerned in this paper with what might be considered imputed agreements giving rise to claims for restitution based on unjust enrichment.

<sup>2</sup> See *Pelech v Pelech*, [1987] 1 SCR 801, 38 DLR (4th) 641 [*Pelech* cited to SCR]; *Caron v Caron*, [1987] 1 SCR 892, 38 DLR (4th) 735; *Richardson v Richardson*, [1987] 1 SCR 857, 38 DLR (4th) 699. The Court's reasoning on the issue was set out in *Pelech* and applied in *Caron* and *Richardson*; accordingly, this paper, like most other commentary, focuses on *Pelech*.

its difference from the consolidating body of principles we now know as the law of contract. In particular, marriage came to be seen as a form of status, not contract, and most agreements touching upon the family were accordingly treated as exceptional species of contract owing to their familial nature. The exception to this emerging family law exceptionalism<sup>3</sup> was separation agreements, which judges and scholars continued to treat as akin to ordinary contracts, with a standard for variation premised on common law unconscionability. This English conceptualization of family law, marriage, and domestic contracts carried over into Canadian common law. I argue here that *Pelech* was as much the culmination of this long-standing historical difference between the (exceptional) approach to most family agreements and the (contractual) approach to separation agreements as it was an effort by the Court to instantiate a model of formal equality by injecting the ideology of contract into family law.<sup>4</sup> From this perspective, the retreat from *Pelech* in the subsequent Supreme Court of Canada cases of *Miglin v. Miglin*,<sup>5</sup> *Hartshorne v. Hartshorne*,<sup>6</sup> and *Rick v. Brandsema*<sup>7</sup> was, therefore, also a move away from the historically distinctive approach to separation agreements, and the continuation of much older processes of exceptionalism within family law. Put differently, the move away from deference to private ordering and toward a model premised on substantive fairness and greater scope for judicial intervention was also an extension of broader trends within judicial and scholarly thought concerning the legal treatment of the family stretching back to the nineteenth century.

By historicizing *Pelech* and subsequent cases, this article deepens our understanding of the broader context of the law of separation agreements and family law in Canada. In so doing, the article contributes to the genealogical dimension of the family law exceptionalism project outlined by Janet Halley and Kerry Rittich. Part I provides a brief discussion of family law exceptionalism and its genealogical project. To that end, Part I con-

---

<sup>3</sup> See Janet Halley & Kerry Rittich, “Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism” (2010) 58:4 Am J Comp L 753 at 754.

<sup>4</sup> See generally Brenda Cossman, “A Matter of Difference: Domestic Contracts and Gender Equality” (1990) 28:2 Osgoode Hall LJ 303 at 306–308; Martha Bailey & Nicholas Bala, “Canada: Supreme Court Decisions and the Continuing Impact of the Charter of Rights” (1989–1990) 28 J Fam L 427 at 428; Martha J Bailey, “*Pelech*, *Caron*, and *Richardson*”, Case Comment, (1989–1990) 3:2 CJWL 615 [Bailey, “Case Comment”]; Alison Harvison Young, “The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court” (2001) 80:1/2 Can Bar Rev 749 at 760–63.

<sup>5</sup> 2003 SCC 24 [*Miglin*].

<sup>6</sup> 2004 SCC 22 [*Hartshorne*].

<sup>7</sup> 2009 SCC 10 [*Rick*].

siders the emergence in the nineteenth and early twentieth centuries of legal visions of the family as an exceptional domain of regulation standing in opposition to the law of contract. In particular, it emphasizes how marriage came to be recharacterized in terms of status owing to its perceived public importance and attendant suite of state-imposed non-modifiable rights and obligations. Part II then proceeds to show how this distinctive approach to family relations played out in the sphere of domestic contracts within English law. It shows that while pre- and post-nuptial agreements (marriage contracts) were treated as void against public policy, separation agreements were treated as not only valid but tantamount to ordinary commercial agreements.<sup>8</sup> Thus, separation agreements were an outlier when considered against much of the rest of what was becoming family law. Part III addresses the transplantation of this English approach to separation agreements and marriage contracts into Canadian common law,<sup>9</sup> culminating in the influential Ontario Court of Appeal case of *Farquar v. Farquar*,<sup>10</sup> which played an important role in the formulation of the approach taken in *Pelech*. Part IV then situates *Pelech* within this longer historical narrative, showing that the decision was both a contemporary effort to achieve formal equality for women by upholding private agreements, *and* the continuation of a long-standing and distinctive approach to separation agreements within English and Canadian law. The article then considers the move toward a more interventionist approach in subsequent cases, most notably *Miglin* and *Rick*, and suggests that the substantive fairness model in these more recent cases brought the law of separation agreements into conformity with the more general and much older exceptionalism of agreements touching upon the family. The discussion of these cases also considers prominent commentary, establishes the terms upon which these cases have generally been considered, and distinguishes the historical analysis here from the formal equality/substantive fairness binary.

---

<sup>8</sup> See *Hyman v Hyman*, [1929] 1 AC 601 (HL (Eng)) [*Hyman*] which outlines the principle that such agreements cannot oust the jurisdiction of the courts.

<sup>9</sup> While I speak of Canadian common law, my jurisdictional focus is primarily Ontario and British Columbia, partly for reasons of scope, but also because they are the jurisdictions in which the major SCC cases discussed herein arose. I am not concerned in this paper with the distinctive civil law regime in Quebec. For an historical overview of the shift from the *Civil Code of Lower Canada* to the *Civil Code of Quebec* focusing on matrimonial law, see generally Jean-Maurice Brisson & Nicholas Kasirer, "The Married Women in Ascendance, the Mother Country in Retreat: From Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991" (1995) 23:1/2 *Man LJ* 406.

<sup>10</sup> 1 DLR (4th) 244, [1983] 43 OR (2d) 423 [*Farquar*].

## I. The Exceptional Legal Family

The family law exceptionalism project as defined by Halley and Rittich comprises both a genealogical dimension and a distributive project focused on the economic family.<sup>11</sup> I am concerned here with the former, genealogical aspect: the emergence of family law exceptionalism through the process of inventing family law via the disaggregation of the household and the bifurcation of work and family life. In Halley and Rittich's words, "the legal relations governing employment, even where they retained vestiges of the master servant relationship, were transmuted and reframed within the law of contract. Only the husband and wife and the parent and child remained in the newly private, intimate, and affective space of the home."<sup>12</sup> Hence, the term "economic" shed its etymological basis in the household "and became proper to the market,"<sup>13</sup> while "family" ceased to refer to "lineage and the household and became a term for the nuclear, affective family."<sup>14</sup> In other words, family law and the law of contract came to be viewed as oppositional; the former housed relations defined by or giving rise to forms of status, while the latter came to be defined as "the domain of will."<sup>15</sup>

As I have argued elsewhere, the idea of the family as an exceptional domain of regulation, and the corresponding invention of English family law, hinged on two interrelated shifts in legal thought.<sup>16</sup> One movement involved the staged extrusion of productive work relations (in the narrow sense of work for pay) from the household. This process involved recharacterizing most forms of work as market-based (and hence public) activi-

---

<sup>11</sup> See Halley & Rittich, *supra* note 3 at 753.

<sup>12</sup> *Ibid* at 756–57. See also Frances E Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform" (1983) 96:7 Harv L Rev 1497 at 1516; Ruth Gavison, "Feminism and the Public/Private Distinction" (1992) 45:1 Stan L Rev 1 at 21–22.

<sup>13</sup> Halley & Rittich, *supra* note 3 at 758. In ancient and medieval times, "market" and "economy" were not homologous; the latter referred to the *oikos* or household—an integrated sphere where boundaries between production, subsistence, and care were not always clear (see Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, 2nd ed (Boston: Beacon Press, 2001) at 55; Janet Halley, "What is Family Law?: A Genealogy Part I" (2011) 23 Yale JL & Human 1 at 8).

<sup>14</sup> Halley & Rittich, *supra* note 3 at 758. See also Kerry Rittich, "Making Natural Markets: Flexibility as Labour Market Truth" (2014) 65:3 N Ir Leg Q 323 ("while the market was the locus of self-interest, governed by the logic of utility maximisation, the family and the household became identified as the repository of moral values such as altruism and sharing" at 325).

<sup>15</sup> Halley & Rittich, *supra* note 3 at 757.

<sup>16</sup> See Luke Taylor, "Marriage, Work, and the Invention of Family Law in English Legal Thought" (2020) 70:2 UTLJ 137. For a genealogy of the emergence of family law in the United States, see Halley, *supra* note 13.



ties exterior to the (private) family, and locating those relations within an increasingly free-standing law of master and servant. In turn, that body of law became the general legal template for the regulation of wage labour in the eighteenth and nineteenth centuries through an interplay of legislation, case law, and scholarly texts.<sup>17</sup> Certain household-based forms of work, notably domestic service and apprenticeship, remained nested within the legal household—or the law of domestic relations, as it became known—until the twentieth century when they too were shifted into the domain of work.<sup>18</sup> The final step in this process was the recharacterization of the law of master and servant as the law of employment—a move that responded to the late nineteenth century removal of criminal penalties for workers’ breach of contract.<sup>19</sup> This evolution also resulted in some scholars making a further (questionable)<sup>20</sup> move toward characterizing employment law as a specialized branch of the law of contract.<sup>21</sup>

Running in parallel with these shifts in the legal conceptualization and placement of work relations was a newfound emphasis on the public importance of, and state involvement in, marriage.<sup>22</sup> There was also a corresponding elevation of the husband-wife relation to the forefront of domestic relations, and eventually family law. This movement occurred in

---

<sup>17</sup> See Robert J Steinfeld, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350–1870* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991); Christopher Tomlins, *Freedom Bound: Law, Labor, and Civic Identity in Colonizing English America, 1580–1865* (New York: Cambridge University Press, 2010).

<sup>18</sup> Which is not to say that those relations were treated equally in law: domestic service, for instance, remained outside of most legal regulation owing to its *situs* in the home.

<sup>19</sup> See *The Employers and Workmen Act 1875* (UK), 38 & 39 Vict, c 90.

<sup>20</sup> The continued existence of nineteenth-century common law obligations of loyalty that in practice subordinated workers’ interests to those of their employers necessarily undermined the idea that relations between employers and employees, as they were coming to be known, were contractual in ways analogous to commercial contracts. In this respect, the move can be seen as ideological rather than empirical: treatise writers *wanted* employment relations to fit within the paradigm of contractual freedom, but in legal reality they simply didn’t because of the lingering influence of nineteenth-century master and servant law. In this respect, the development of the contract of employment, hedged as it was on all sides by rights and obligations that parties could not (or could only with extreme difficulty) contract out of, resembles in important ways the development of the marriage contract traced in this article.

<sup>21</sup> See RW Lee, “Law of Contract (Particular Contracts)” in Edward Jenks et al, eds, *A Digest of English Civil Law* (London, UK: Butterworth & Co, 1907) at s V.

<sup>22</sup> In this sense the family was generally thought of as a private domain in opposition to the public realm of the market; within legal thought, however, the family also carried a public dimension because of the interference of the state in its operation, while the market is the quintessential private realm of contract (see Duncan Kennedy, *The Rise & Fall of Classical Legal Thought* (Washington, DC: Beard Books, 2006) at xiii, 123).

part through a structural repositioning of the husband–wife relation at the front of the various domestic relations. It also involved a more complex effort by scholars to distinguish the emerging law of contract (which was only consolidated into an abstract form modeled on commercial relations and an ideological commitment to the market-based realization of individual wills in the second half of the nineteenth century)<sup>23</sup> from household-based relations that were seen as not “properly” contractual because of superadded elements that individuals could not “will” their way out of using contract.<sup>24</sup> In particular, scholars (and judges) began to question whether marriage was, as Blackstone put it, “a civil contract,”<sup>25</sup> or whether the non-modifiable terms accompanying marriage, which derived from the social and political significance of marriage as a tool for the management of the population,<sup>26</sup> lent it the character of (achieved)<sup>27</sup> status.<sup>28</sup> Over the course of the nineteenth century, this view of marriage as status gained ground. The essence of marriage, at least in legal terms, came to be seen as the degree of state involvement in its formation, subsistence, and eventually its dissolution.<sup>29</sup> (Nevertheless, scholars never

---

<sup>23</sup> See e.g. Hugh Collins, “Contract and Legal Theory” in William Twining, ed, *Legal Theory and Common Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1986) 136; DJ Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (New York: Oxford University Press, 1999) at 220.

<sup>24</sup> See Kennedy, *supra* note 22 at 185–206. Treatise writers were not denying that household relations could and did involve the exercise of individual will; the marriage relation, for instance, remained grounded in the consent of the parties. What they were saying was that the imposition of a suite of rights and obligations by the state lent relations such as marriage a public character that distinguished them from the private and putatively *wholly* intention-based relations of commercial parties (see *ibid* at 194–99). That construction of commercial relations was, however, more ideological than empirical since true “freedom of contract,” if it ever existed, did so for only a very brief period in the late nineteenth century (see PS Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford: Oxford University Press, 1979) at 231–36).

<sup>25</sup> Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, ed by William Draper Lewis (Philadelphia: Geo T Bisel, 1922) vol 1 at 398.

<sup>26</sup> See generally Michel Foucault, *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France, 1977-78*, ed by Michel Senellart, translated by Graham Burchell (Houndmills, UK: Palgrave Macmillan, 2009) at 103–105.

<sup>27</sup> In sociological literature “*achieved* statu[s]” is open to individual achievement and not dependent on birth, while “[*a*]scribed statu[s] is” assigned to individuals without reference to their innate differences or abilities” (Ralph Linton, *The Study of Man: An Introduction* (New York: Appleton-Century-Crofts, 1936) at 115).

<sup>28</sup> See Kennedy, *supra* note 22. This was not status in the medieval sense of an ascribed condition; rather, it was a modern form that “grouped together and explained the peculiar character of rules incompatible with the new vision of the nature of ‘real’ contracts” (*ibid* at 185).

<sup>29</sup> In social terms one of the primary functions of marriage in the nineteenth century came to be seen, broadly speaking, as companionate relations between husbands and

dispensed entirely with the idea that contract was the formal legal device by which the status of marriage was created.)<sup>30</sup>

It is thus apparent that the move away from a contractual conception of marriage, and the concomitant invention of the field of family law, relied on and extended distinctions between family and market, public and private, and contract and status. These binaries were also constructed along gender lines, with an association in both legal and social thought between women and the family, and men and the market.<sup>31</sup> The result was the legal construction of the family as a private entity housing affective relations giving rise to forms of status. The law of contract, as it coalesced into the abstract body of principles which today form its core, came to be viewed as oppositional to the family. In Halley and Rittich's words, "the law of family versus the law of contract ... in which the former housed a nuclear affective unit and the latter housed the individualist ethos of freedom of contract."<sup>32</sup> In other words, the family and family law became exceptional domains of regulation standing in opposition to the law of contract.

## II. Exceptionalism in English Law

This exceptional approach to marriage and the family also applied to most types of domestic contracts, with one key exception: separation agreements. This part first outlines the ways that English courts generally followed the pattern outlined above by treating most domestic contracts as distinct from ordinary commercial agreements owing to their nexus with the family. It then shows how this approach did *not* carry over into the treatment of separation agreements, which were instead treated as akin to commercial contracts.

---

wives (see Michael Anderson, *Approaches to the History of the Western Family 1500–1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995) at 30; Olsen, *supra* note 12 at 1521; Wally Secombe, *A Millennium of Family Change: Feudalism to Capitalism in Northwestern Europe* (London, UK: Verso, 1992) at 235).

<sup>30</sup> See e.g. Frederick Pollock, *Principles of Contract at Law and in Equity: Being a Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements, With a Special View to the Comparison of Law and Equity, and With References to the Indian Contract Act, and Occasionally to Roman, American, and Continental Law* (London, UK: Stevens and Sons, 1876) at 232; William Pinder Eversley, *The Law of the Domestic Relations, Including Husband and Wife: Parent and Child: Guardian and Ward: Infants: and Master and Servant* (London, UK: Stevens & Haynes, 1885) at 6.

<sup>31</sup> See generally Olsen, *supra* note 12.

<sup>32</sup> Halley & Rittich, *supra* note 3 at 758.

Under ecclesiastical law, pre- and post-nuptial agreements (marriage contracts), as well as separation agreements, were void.<sup>33</sup> In other words, the only sort of domestic contract countenanced by the Church was marriage itself. As discussed below, equity and the common law developed a more nuanced position that permitted separation agreements.<sup>34</sup> Pre- and post-nuptial agreements, however, including agreements countenancing a *future* separation, remained *contra bonos mores* and void within the temporal courts because of the public importance of the marital relationship.<sup>35</sup>

The other major restriction on married couples' freedom to contract with one another in relation to their marriage was spelled out in *Hyman v. Hyman*,<sup>36</sup> in which the House of Lords declared invalid any attempt to oust the statutory jurisdiction of the courts to order maintenance.

At common law then, marriage contracts and provisions in separation agreements that purported to restrict the intervention of courts were void because of both the interests of wives (who were presumed to be reliant on their husbands) and of the public (who would have to foot the bill if husbands did not).<sup>37</sup>

In contrast, as the House of Lords also made clear in *Hyman*, separation agreements were, subject to the restriction noted above, perfectly valid. Indeed, the House actually affirmed the contractual nature of separation agreements. Lord Atkin declared: "Full effect has therefore to be given in all Courts to these contracts as to all other contracts. ... Agreements for separation are formed, construed and dissolved and to be enforced on precisely the same principles as any respectable commercial agreement, of whose nature indeed they sometimes partake."<sup>38</sup> Accordingly, he said, "the ordinary law of contract" was applicable to separation agreements.<sup>39</sup> In fact, it was clear by the turn of the nineteenth century (and probably

---

<sup>33</sup> See Eversley, *supra* note 30 at 468.

<sup>34</sup> See *ibid* at 468–69.

<sup>35</sup> See *ibid* at 467, 476; Pollock, *supra* note 30 at 246; John D McCamus, *The Law of Contracts*, 2nd ed (Toronto: Irwin Law, 2012) at 458–59. See also *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino*, [2010] UKSC 42 at para 31 [*Radmacher*].

<sup>36</sup> See *supra* note 8.

<sup>37</sup> This gendered assumption is evident in *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925* (UK), 15 & 16 Geo V, c 49, s 190, which refers only to the possibility of a court ordering a husband to pay maintenance to his former wife. See also *Hyman*, *supra* note 8 at 608.

<sup>38</sup> *Hyman*, *supra* note 8 at 625–26.

<sup>39</sup> *Ibid* at 626.

much earlier)<sup>40</sup> that agreements between spouses who had already separated were valid and enforceable.<sup>41</sup>

While judges in the nineteenth century often expressed their discomfort with the moral dimensions of separation agreements,<sup>42</sup> they nevertheless treated them as akin to ordinary contracts. In *Wilson v. Wilson*,<sup>43</sup> the House of Lords upheld the validity of a separation agreement that contained a clerical error that imposed liability on Mr. Wilson for Mrs. Wilson's present and future debts, instead of indemnifying him. Lord Cottenham in the House of Lords affirmed a line of authorities upholding the validity of separation agreements and declared, "[i]f the consideration or fact of separation does not contaminate all that proceeds from it, the court is only exercising its ordinary jurisdiction in giving effect to the arrangement of property agreed upon."<sup>44</sup>

Soon after the introduction of judicial divorce in England in 1857,<sup>45</sup> courts were given the statutory power to vary marriage settlements in divorce cases.<sup>46</sup> Judges nevertheless still tended to treat separation agreements (which at common law were treated as settlements for the purposes of the *Matrimonial Causes Act*)<sup>47</sup> as presumptively binding.<sup>48</sup> *Hunt v. Hunt*<sup>49</sup> is an apt example. Reflecting long-standing assumptions around male dominance in marital relationships, the case concerned a deed providing, *inter alia*, that the wife "should be absolutely and to all intents and purposes whatsoever freed and discharged from the power, command, will, restraint, authority and government" of her husband, and enjoining

---

<sup>40</sup> See *Hunt v Hunt* (1861), 4 De G F & J 221 at 226–28, 54 ER 1071 [*Hunt*].

<sup>41</sup> See *St John (Lord) v St John (Lady)* (1805), 11 Ves Jr 525, 32 ER 1192 [*St John*]; *Lord Rodney v Chambers* (1802), 2 East 283, 102 ER 377. *Contra* agreements between spouses who had not separated at the time of the agreement which were deemed non-contractual in *Balfour v Balfour*, [1919] 2 KB 571, 88 LJKB 1054.

<sup>42</sup> See *St John*, *supra* note 41; *Westmeath (Earl of) v Westmeath (Countess of)* (1821), Jac 126, 37 ER 797.

<sup>43</sup> [1846–48] I HL Cas 538, 9 ER 870.

<sup>44</sup> *Ibid* at 574.

<sup>45</sup> See *Matrimonial Causes Act 1857* (UK), 20 & 21 Vict, c 85.

<sup>46</sup> See *An Act to Make Further Provision Concerning the Court for Divorce and Matrimonial Causes* (UK), 1859, 22 & 23 Vict, c 61 [*Matrimonial Causes Act 1859*]. See also *Chetwynd v Chetwynd* (1865), 4 Sw & Tr 151, 164 ER 1474.

<sup>47</sup> See e.g. *Worsley v Worsley and Wignall* (1869), LR P & D 648, 20 LT 546.

<sup>48</sup> See Eversley, *supra* note 30 at 468, 475.

<sup>49</sup> See *Hunt*, *supra* note 40.

the husband from seeking restitution of conjugal rights in the ecclesiastical courts.<sup>50</sup>

Lord Westbury stated, “we are warranted from finding a deed treated and spoken of as an ordinary contract in concluding that at a very early period deeds of separation with the covenants contained therein were recognized and treated as contracts capable of being enforced at common law.”<sup>51</sup> On this footing, Lord Westbury held that the provision concerning ecclesiastical suits was specifically enforceable in equity and issued an injunction to restrain the husband.<sup>52</sup> On the nature of separation agreements, Lord Westbury was clear: “[The common law] ... regards a deed of separation as any other legal contract”<sup>53</sup> and “there can be no difficulty upon principle or upon the ground of the policy of the law as to the validity of such a contract.”<sup>54</sup> In other words, courts were not empowered to ignore or vary the terms of separation agreements simply by virtue of their connection to the marital relationship (i.e., such agreements could only be set aside on ordinary contractual principles).<sup>55</sup>

This brief history shows that the long-standing ecclesiastical prohibition on marriage contracts carried over into English common law. The prohibition remained the law in England until very recently,<sup>56</sup> owing to the perceived public importance of the marital relationship. In this respect, marriage contracts, like the marital relationship itself, were treated as distinct from the body of principles that came to be known as the law of contract in the nineteenth century. In stark contrast, English common law not only departed from ecclesiastical law by permitting separation agreements, it also treated those agreements as tantamount to ordinary commercial agreements (subject to the *Hyman* principle, a variation of which also applies to ordinary contracts).<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> *Ibid* at 222.

<sup>51</sup> *Ibid* at 228.

<sup>52</sup> See *Hunt*, *supra* note 40. See also *Wilson*, *supra* note 43.

<sup>53</sup> *Hunt*, *supra* note 40 at 238.

<sup>54</sup> *Ibid* at 233.

<sup>55</sup> See Pollock, *supra* note 30 (“[a] contract providing for and fixing the terms of an immediate separation is treated like any other legal contract” at 246).

<sup>56</sup> See *Radmacher*, *supra* note 34 (the court held that this prohibition on ante-nuptial contracts should no longer apply).

<sup>57</sup> See *McCamus*, *supra* note 35 at 465.

### III. Transplanting Exceptionalism into Canadian Law

Both of these dimensions carried over into Canadian common law.<sup>58</sup> As this Part shows, the long-standing English prohibition on marriage contracts and agreements that contemplated future (instead of actual) separation, and the English conception of separation agreements as a species of ordinary contract to be enforced along the lines of a commercial agreement, came to form part of Canadian common law.

With respect to marriage contracts, the English prohibitory position continued until the 1970s, when Canadian provincial legislatures introduced provisions that expressly recognized the validity and enforceability of pre- or post-nuptial agreements. For example, in 1979 British Columbia enacted the *Family Relations Act* (FRA).<sup>59</sup> Section 48(2) of that Act defined a marriage agreement as “an agreement entered into by a man and a woman prior to or during their marriage ... for ... (b) ownership in, or division of, family assets or other property during marriage, or on the making of an order for dissolution of marriage, judicial separation or a declaration of nullity of marriage”. Such agreements, when made in the proper form, were declared “binding between the spouses whether or not there is valuable consideration”.<sup>60</sup> Judicial variation of marriage agreements was based on a standard of fairness.<sup>61</sup>

While it was clear that marriage contracts were valid under provincial law, it took until 2004 for the Supreme Court to weigh in on the circumstances amounting to an unfair contract warranting judicial variation. As discussed below, the Court in *Hartshorne* held that the agreement was

---

<sup>58</sup> On the transplantation of English common law into Canada, see generally D Mendes da Costa, “The Divorce Act, 1968 and Grounds for Divorce Based Upon Matrimonial Fault” (1970) 7:2 *Osgoode Hall LJ* 111.

<sup>59</sup> RSBC 1979, c 121.

<sup>60</sup> *Family Relations Act*, RSBC 1979, c 121, s 48(4) [FRA].

<sup>61</sup> See *ibid.*, s 51. In contrast, Ontario’s *Family Law Reform Act, 1978*, SO 1978, c 2, s 51(1) declared that “[t]wo persons may enter into an agreement, before their marriage or during their marriage while cohabiting, in which they agree on their respective rights and obligations under the marriage or upon separation or the annulment or dissolution of the marriage.” See also Derek Mendes da Costa, “Domestic Contracts in Ontario” (1978) 1:2 *Can J Fam L* 232 (noting that “section 51 of the Act has effected a great change, both in public policy and in law” at 234). Reflecting the common law approach that was at that time applicable to separation agreements, *The Family Law Reform Act*, *supra* note 61, s 18(4)(a) also provided that marriage contracts (and separation agreements) could be set aside “where the provision for support or the waiver of the right to support results in circumstances that are unconscionable.” This ordinary unconscionability standard suggested an approach to marriage contracts that aligned with ordinary contractual principles.

fair, but also warned against applying ordinary contractual principles to this class of agreement.

Paralleling the initial diffusion of the English prohibition on marriage contracts into Canadian law, English common law's insistence that separation agreements were to be treated in the same manner as ordinary contractual agreements also came to form part of Canadian common law. In *Gordon v. Gordon*,<sup>62</sup> a case from Ontario heard before the passage of that province's 1930 *Divorce Act*,<sup>63</sup> the Ontario Supreme Court treated a separation deed as binding and found that a husband was required to pay the sums stipulated in the agreement in spite of the wife's adultery. A similar conclusion was reached in 1934 in *Jasper v. Jasper*,<sup>64</sup> in which Justice Kerwin observed that "no reference was made to the possibility of there being power in the Court in the divorce proceedings to vary the provisions of the separation agreement."<sup>65</sup> Nearly 30 years later, in *Burns v. Burns*,<sup>66</sup> Justice Gale also held that there was no power to vary a voluntary separation agreement. Counsel for the husband, who sought a variation in the amounts payable under the agreement, "agreed that the Court would not be able to change the agreement if this were an ordinary commercial contract, but contended that the Court has a wider and different power to modify agreements made between spouses than it has to rectify other contracts."<sup>67</sup> Rejecting this proposition, Justice Gale said, "this was a voluntary agreement made between the parties and [counsel] was quite unable to produce any authority to suggest that at common law a power of variance in favour of a husband also applies or has ever applied to agreements of this nature. And clearly it has not been provided in this Province by any statute."<sup>68</sup> While the outcomes in these cases were reached by strict interpretation of the relevant agreements and governing statutes, the fact that in all three cases the rights of wives to agreed-upon sums were upheld perhaps reflects a deeper concern with ensuring the financial security of women in a distinctly gendered era.

By contrast, courts in British Columbia did have the power to vary separation agreements in divorce cases by reason of the *Matrimonial*

---

<sup>62</sup> (1916) 32 DLR 626 at 626, [1916] OJ No 23.

<sup>63</sup> SC 1930, c 14 (a federal act introducing the English law of divorce into Ontario).

<sup>64</sup> (1935) 3 DLR 64, [1935] OR 269.

<sup>65</sup> *Ibid* at 65.

<sup>66</sup> (1963) 38 DLR (2d) 572, [1963] 2 OR 142.

<sup>67</sup> *Ibid* at 574.

<sup>68</sup> *Ibid. Cf Murdoch v Ransom* [1963] 2 OR 484, 40 DLR (2d) 146 (finding that a husband's obligations in a separation agreement ended when a wife remarried).



*Causes Act 1859*.<sup>69</sup> Nevertheless, in *Painter v. Painter*,<sup>70</sup> the British Columbia Supreme Court refused to free a husband from his obligations under a separation agreement once the parties had divorced because the agreement did not expressly provide for the termination of obligations in the event of divorce. As Justice Wood put it, “[t]hat was the bargain which the petitioner made, and I see no good reason why he should not adhere to it.”<sup>71</sup>

Prior to the passage of the federal *Divorce Act* in 1968, then, separation agreements were essentially a species of ordinary contract under the laws of Ontario and British Columbia, meaning that they would only be set aside upon proof of a vitiating factor applicable to contracts generally. This was precisely the finding in *Mundinger v. Mundinger*.<sup>72</sup> In that case, the wife sought to have a separation agreement set aside on the basis that it had been procured by fraud, threats, and undue influence. She alleged that her husband’s cruelty had caused her to have a nervous breakdown and that she had been hospitalized after taking an overdose of tranquilizers. The agreement provided her with a lump-sum payment of \$10,000 in return for her foregoing maintenance and signing over to the husband interests in property worth about \$60,000. The Ontario Court of Appeal held that the “transactions in question are unconscionable and improvident on their very face.”<sup>73</sup> In reaching this conclusion, Justice Schroeder relied on the approach to unconscionability set out by Bradley Crawford in a commentary appearing in a 1966 issue of the *Canadian Bar Review*.<sup>74</sup> That commentary referred exclusively to agreements of a commercial nature, and (referring to the case of *Morrison v. Coast Finance Ltd*)<sup>75</sup> included the following remark: “It is the combination of inequality and improvidence which alone may invoke this jurisdiction [to set aside a contract freely entered into]. Then the onus is placed upon the party seeking to uphold the contract to show that his conduct throughout was scrupulously considerate of the other’s interests.”<sup>76</sup> According to Justice Schroeder, “[t]his correctly sets forth the effect of the decision bearing upon this and

---

<sup>69</sup> See *supra* note 45.

<sup>70</sup> 1955 CarswellBC 163, [1955] BCJ No 82.

<sup>71</sup> *Ibid* at para 17.

<sup>72</sup> (1968) 3 DLR (3d) 338, [1969] 1 OR 606 [*Mundinger*], leave to appeal to SCC refused, (1970) 14 DLR (3d) 256, CarswellOnt 1041 (26 May 1970).

<sup>73</sup> *Ibid* at 341.

<sup>74</sup> See Bradley E Crawford, “Comments” (1966) 44:1 Can Bar Rev 142, cited in *Mundinger*, *supra* note 72 at 342.

<sup>75</sup> (1965), 55 DLR (2d) 710, [1965] BCJ No 178 [*Morrison* cited to DLR].

<sup>76</sup> Crawford, *supra* note 74 at 143.

like problems and I adopt it as an accurate statement of the law.”<sup>77</sup> In other words, the standard for avoiding a separation agreement on the basis of unconscionability was the same as that applicable to ordinary commercial agreements.

The *Divorce Act* put beyond question the power of Canadian courts to make maintenance orders irrespective of the provisions of a separation agreement. Nevertheless, courts remained “reluctant” to interfere with the terms of such agreements.<sup>78</sup> In *Poste v. Poste*, Justice Wright referred to the “binding effect” of such agreements and declared that “the party wishing such amendment must show not only some change in circumstances but conditions which arouse *the conscience of the court*, and call for action.”<sup>79</sup> While “rights to contract and bargain freely” were subject to the jurisdiction of the divorce courts, “such jurisdiction ... should be sparingly exercised.”<sup>80</sup> To similar effect, Justice DuPont in *DiTullio* declared “that when a separation agreement provides for maintenance, the court should not amend such provision or lightly go behind the terms of that agreement” in the absence of “clear and compelling reasons and circumstances to justify the amendment.”<sup>81</sup> Courts “must give effect to the terms of such agreement unless compelled by conscience to do otherwise by a gross change of circumstances.”<sup>82</sup> Likewise, in *Dal Santo v. Dal Santo*,<sup>83</sup> Justice Anderson in the British Columbia Supreme Court said, “contracts of this kind should not be lightly disturbed. ... The modern approach in family law is to mediate and conciliate so as to enable the parties to make a fresh start in life on a secure basis. If separation agreements can be varied at will, it will become much more difficult to persuade the parties to enter into such agreements.”<sup>84</sup>

Similar reasoning underpinned the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Farquar v. Farquar*.<sup>85</sup> As in *Mundinger*, the Court in *Farquar* drew upon scholarly commentary and specifically subscribed to the claim made by James McLeod that “[i]t is contrary to contractual principles to allow the main or a major consideration received by one party under the

---

<sup>77</sup> *Mundinger*, *supra* note 65 at 342.

<sup>78</sup> *DiTullio v DiTullio* (1974), 46 DLR (3d) 66 at 68, 3 OR (2d) 519 [*DiTullio*].

<sup>79</sup> (1973), 35 DLR (3d) 71 at 72–73, [1973] 2 OR 674 [emphasis added].

<sup>80</sup> *Ibid* at 73.

<sup>81</sup> *DiTullio*, *supra* note 78 at 68.

<sup>82</sup> *Ibid* at 69. See also *Bjornson v Bjornson*, 1970 CarswellBC 24, 2 RFL 414 (referring to “a very significant change in the circumstances” at para 7).

<sup>83</sup> 1975 CarswellBC 45.

<sup>84</sup> *Ibid* at para 16.

<sup>85</sup> See *Farquar*, *supra* note 10 at 252.

separation agreement to be rewritten.”<sup>86</sup> The Court then declared it “obvious that since the settlement is a contract, all of the common law and equitable defences to the enforcement of ordinary contracts are available.”<sup>87</sup> This did little to help Mrs. Farquar, though, whose failure to request an accurate breakdown of her husband’s assets was held to be her own fault, given that her husband (like a commercial party) had no positive duty to disclose his interests.<sup>88</sup>

What this overview tells us is that the treatment of separation agreements as tantamount to ordinary commercial contracts was a long-standing feature of both English and Canadian law. It also tells us that this approach was distinctive when considered alongside the public policy-oriented treatment of both marriage and marriage contracts (where the social importance of the relation resulted in a status-based conception of marriage), and a restrictive approach to party autonomy in matters touching upon that relation.

#### IV. From *Pelech* to *Rick*; or, Contract to Exceptionalism

As noted at the outset of this article, judges and scholars since the 1980s have tended to analyze the treatment of domestic contracts, and particularly of separation agreements, in terms of a formal equality/substantive fairness dichotomy. Within this narrative, *Pelech* stands as the example *par excellence* of an atomistic, liberal conception of contract premised on party autonomy, private ordering, and formal equality. By contrast, *Miglin*, *Hartshorne*, and *Rick* are, to varying extents, viewed as retreats from this formalistic approach, emphasizing instead the structural disadvantage faced by women, and carving out a more interventionist role for judges to achieve substantive fairness. Building upon the preceding analysis, this Part places *Pelech*, *Miglin*, *Hartshorne*, and *Rick* within a longer historical narrative, showing that these cases were not only reflections of contemporary ideological battles but were also the products of much older trends within legal thought concerning the nature of separation agreements and the exceptional nature of the family.

##### A. *Separation Agreements as Ordinary Contracts*

*Pelech* concerned an application brought by Mrs. Pelech under section 11(2) of the *Divorce Act* to vary an award of maintenance made pur-

---

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid* at 252.

<sup>88</sup> See *ibid* at 253.

suant to an agreement between her and Mr. Pelech in 1969.<sup>89</sup> Between the time of the agreement and Mrs. Pelech's application, Mr. Pelech's net worth increased dramatically, while Mrs. Pelech eventually found herself in receipt of welfare payments as a result of severe psychological and physical difficulties that depleted her maintenance (\$28,760 over thirteen months) under the agreement.<sup>90</sup> Justice Wilson, writing for a plurality of the Court, characterized the issue as a contest between two approaches. On the one hand, what she called "the private choice approach" displayed in *Farquar* (and the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Pelech*), emphasizing "individual responsibility and freedom of contract."<sup>91</sup> On the other hand, "the Court's overriding power," which she explained by reference to the "paternalistic philosophy" evident in the Manitoba cases of *Newman v. Newman*<sup>92</sup> and *Ross v. Ross*,<sup>93</sup> "which minimize the importance of freedom of contract and impose on the parties a judicial standard of reasonableness notwithstanding their agreement to the contrary."<sup>94</sup> A third "compromise" approach, evident in the Ontario case of *Webb v. Webb*,<sup>95</sup> was said by Justice Wilson to "suggest[] that the change in circumstances which triggers the court's discretionary power in s. 11(2) must be a 'gross' or 'catastrophic' change."<sup>96</sup>

In the end, Justice Wilson developed an alternative approach that drew upon the private choice and compromise positions. In the former vein, Justice Wilson stated:

It seems to me that where the parties have negotiated their own agreement, freely and on the advice of independent legal counsel, as to how their financial affairs should be settled on the breakdown of their marriage, and *the agreement is not unconscionable in the sub-*

---

<sup>89</sup> See *Divorce Act*, *supra* note 62; *Pelech*, *supra* note 2.

<sup>90</sup> At first instance, Wong J upheld Mrs. Pelech's claim on the basis that, at the time of the agreement, the parties had assumed her future ability to work and support herself; the reality therefore constituted "a gross change in circumstances" warranting the intervention of the Court (*Pelech v Pelech* (1984) 41 RFL (2d) 274 at 274–75). The British Columbia Court of Appeal unanimously overturned that finding on the authority of *Farquar*, *supra* note 10, finding that "since changes in circumstance are inevitable, such changes should not be used to justify judicial intervention into otherwise valid and binding contractual agreements" absent some other vitiating factor (which the BCCA interpreted as "the traditional common law and equitable defences to the enforcement of ordinary contracts"): *Pelech*, *supra* note 2 at paras 12–13.

<sup>91</sup> *Pelech*, *supra* note 2 at 835.

<sup>92</sup> (1980), 114 DLR (3d) 517, 19 RFL (2d) 122.

<sup>93</sup> (1984), 6 DLR (4th) 385, 39 RFL (2d) 51.

<sup>94</sup> *Pelech*, *supra* note 2 at 832.

<sup>95</sup> (1984), 46 OR (2d) 457, 10 DLR (4th) 74.

<sup>96</sup> *Pelech*, *supra* note 2 at 833.

*stantive law sense*, it should be respected. People should be encouraged to take responsibility for their own lives and their own decisions. This should be the overriding policy consideration.<sup>97</sup>

However, Justice Wilson also emphasized the *Hyman* principle concerning the Court's inherent jurisdiction to supervise marital agreements as a partial fetter on parties' abilities to contract out of statutory rights and obligations.<sup>98</sup> Accordingly, drawing upon but modifying *Webb's* compromise approach, Justice Wilson proposed that domestic agreements should only be varied under section 11(2) of the *Divorce Act* "where an applicant seeking maintenance or an increase in the existing level of maintenance establishes that he or she has suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage."<sup>99</sup> In her view, Mrs. Pelech's misfortune did not meet this standard because her change in circumstances and hardship was not causally related to the marriage.

In essence, Justice Wilson treated separation agreements as an ordinary species of contract by finding that rescission of such an agreement required proof of unconscionability in the sense applicable to the general law of contracts; that is, "an unfair advantage gained by an unconscionable use of power by a stronger party against a weaker."<sup>100</sup> While Justice Wilson did recognize the specificity of separation agreements by holding that courts retained a power of variation "where the future misfortune has its genesis in the fact of the marriage,"<sup>101</sup> this threshold was in reality virtually insurmountable for claimants.<sup>102</sup> So, while it is arguable that *Pelech* planted the seed of its own demise by recognizing the *possibility* of judicial variation due to circumstances arising out of the marital relationship, the stringency of the test means that *Pelech* is still best seen as the culmination of this line of cases treating separation agreements as akin to ordinary contracts. Accordingly, I suggest that *Pelech* was both a product of its era, reflecting a general enthusiasm at the time for applying contractual ideas in the family context,<sup>103</sup> and a continuation of the long-

---

<sup>97</sup> *Ibid* at 850 [emphasis added].

<sup>98</sup> See *ibid* at 659–60.

<sup>99</sup> *Ibid* at 851.

<sup>100</sup> *Morrison*, *supra* note 75 at 713.

<sup>101</sup> *Pelech*, *supra* note 2 at 851.

<sup>102</sup> See Martha Shaffer, "Separation Agreements Post-*Moge*, *Willick* and *LG v GB*: A New Trilogy?" (1999) 16:1 Can J Fam L 51 at 55 [Shaffer, "Separation Agreements"].

<sup>103</sup> See Carol Rogerson, "They Are Agreements Nonetheless" (2003) 20:1 Can J Fam L 197 at 198 [Rogerson, "Agreements"] (case comment on *Miglin v Miglin*). This being said, the decision should *not* be read as an example of the (then) nascent economic reordering that has come to be classified as neoliberalism because the flipside to Wilson J's in-

standing contractual approach to separation agreements. From a broader perspective attuned to the nature and ideological contours of family law (exceptionalism) and its intersection with contract law, then, *Pelech* and its predecessors, in collapsing the distinction between familial and commercial contracts,<sup>104</sup> appear as the historical outliers.

This point does not appear to have been appreciated by commentators. In her nuanced and sensitive analysis of the ideological dimensions of the case, Brenda Cossman noted that the decision “specifically denies that compensation for systemic gender inequality is a ground for exercising the supervisory power. The decision suggests that the enforcement of separation agreements is not a question of gender equality.”<sup>105</sup> Instead, she characterized the compromise approach as essentially instantiating a model of formal equality,<sup>106</sup> albeit with a limited (and in her view overly narrow) exception premised on a (partial and incomplete) recognition of the potential unfairness of the default approach.<sup>107</sup> Carol Rogerson criticized the Court’s failure to “recogniz[e] and [redress] the economic consequences which flow from marriage,” resulting in a test “which in practice effectively fails to see existing causal connections and which ignores the economic consequences which flow from the marriage.”<sup>108</sup> Similarly, Ali-

---

sistence on individual autonomy was state assistance. Far from the privatizing impetus in family law seen since the 1990s (a true hallmark of neoliberalism), Wilson J noted that when a maintenance agreement fails to adequately provide for a spouse, and that person is incapable of supporting themselves, “the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state” (*Pelech*, *supra* note 2 at 852). See also Robert Leckey, “What is Left of *Pelech*?” (2008) 41 SCLR (2d) at 112.

<sup>104</sup> A somewhat similar approach can be discerned in the context of unjust enrichment. In *Peter v Beblow*, [1993] 1 SCR 980 at 996–97, 101 DLR (4th) 621, McLachlin J for the majority rejected the idea, put forward by Cory J for the minority, that the ordinary requirement of a link between contribution and property to ground a constructive trust should not be “rigorously applied in a family relationship” (*ibid* at 1022). Justice McLachlin “doubt[ed] the wisdom of dividing unjust enrichment cases into two categories—commercial and family—for the purpose of determining whether a constructive trust lies” (*ibid* at 996).

<sup>105</sup> Cossman, *supra* note 4 at 308.

<sup>106</sup> The model of formal equality is one in which “any admission of gender difference, and any corresponding attempt to provide for such difference, will simply provide a justification for continued unequal and discriminatory treatment” (*ibid* at 310).

<sup>107</sup> See *ibid* at 323–30.

<sup>108</sup> Carol J Rogerson, “The Causal Connection Test in Spousal Support Law” (1989) 8:1 Can J Fam L 95 at 104 [Rogerson, “Causal Connection”]. Indeed, even law and economics scholars, whom one might have expected to applaud the decision’s emphasis on individual contract-making, criticized aspects of the decision, notably its failure to properly account for “the governing background legal entitlements as to compensation for Mrs Pelech’s investment in household production” (see Michael J Trebilcock & Ro-

son Harvison Young observed that *Pelech* was “emblematic of liberal feminism and formal equality”<sup>109</sup>—positions that were subsequently revealed to have negative “consequences for women in terms of the ‘feminization of poverty.’”<sup>110</sup> As Martha Bailey and Nicholas Bala wrote, “the values of sanctity of contract and a clean break after separation, which form the basis of the Trilogy, are not fully responsive to the realities of inequality of bargaining power between husband and wife, and the complex ways in which marriage is implicated in creating financial dependency.”<sup>111</sup> Writing in the wake of the Ontario Court of Appeal decision in *Miglin v. Miglin*, Martha Shaffer and Carol Rogerson suggested “that the trilogy’s emphasis on finality and on sanctity of contract comes at the expense of fairness between the spouses,”<sup>112</sup> and “should be abandoned in part because it produces ... harsh results but, even more fundamentally, because the premises on which it is founded are unsound,”<sup>113</sup> in particular, the idea “that settlement *per se* is the objective of the family law regime.”<sup>114</sup>

My point here is not to question the veracity of these approaches to *Pelech*. From a contemporary perspective I think the broad contours of these scholars’ claims are undoubtedly correct, particularly in the way that they highlight the tension between private ordering and judicial interference in family agreements. I also want to suggest, however, that this existing analysis can be enriched through an appreciation of the broader historical framework in which *Pelech* arose—most notably, the fact that separation agreements had long been treated as a distinctive class of agreements bucking the more general trend toward exceptionalism within family law. From this perspective, *Pelech* was both an attempt to inject the ideology of contract and formal equality into family law, as well as a continuation of long-standing trends within both Canadian and English law. In other words, the Supreme Court in *Pelech* actually reinforced the outlier status of separation agreements vis-à-vis the broader corpus of family law.

---

semin Keshvani, “The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective” (1991) 41:4 UTLJ 533 at 569).

<sup>109</sup> See *supra* note 4 at 763.

<sup>110</sup> *Ibid* at 760.

<sup>111</sup> *Supra* note 4 at 428. See also Bailey, “Case Comment”, *supra* note 4; Shaffer, “Separation Agreements”, *supra* note 102.

<sup>112</sup> Martha Shaffer & Carol Rogerson, “Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*” (2003) 21 Can Fam LQ 49 at 78.

<sup>113</sup> *Ibid* at 79.

<sup>114</sup> *Ibid* at 80.

### *B. Seeds of Exceptionalism*

As the commentary noted above suggests, the outcome and reasoning in *Pelech* were not generally well-received. In *Moge v. Moge*,<sup>115</sup> heard some five years after *Pelech*, the Supreme Court dealt with an application to vary court-ordered spousal support (rather than support pursuant to a separation agreement). The Court emphasized that the support provisions in the 1985 *Divorce Act* are concerned with the economic consequences of marriage and its breakdown, and that a “self-sufficiency” approach to support does not reflect the objectives of the Act. Justice L’Heureux-Dubé for the majority observed that “[i]n Canada, the feminization of poverty is an entrenched social phenomenon”<sup>116</sup> and “there is no doubt that divorce and its economic effects are playing a role.”<sup>117</sup> According to Martha Shaffer and Daniel Melamed, “L’Heureux-Dubé J.’s emphasis on the need for courts to consider all of the objectives of the 1985 *Divorce Act*, and her acknowledgement that marriage may create long term if not permanent support obligations, can be viewed as incompatible with Wilson J.’s emphasis in the trilogy on finality and clean break.”<sup>118</sup> Similarly, Julien Payne wrote that “[i]t is doubtful whether the principles defined in *Pelech* ... can survive.”<sup>119</sup>

Soon after, in the case of *LG v. GB*,<sup>120</sup> Justice L’Heureux-Dubé expressly declared that the *Pelech* trilogy was no longer applicable to the 1985 *Divorce Act*, by reason of section 15(5), which provides that a separation agreement is only one factor to be considered by a court in making a support award.<sup>121</sup> In her words, “[t]he more the agreement or support order takes into account the various objectives of the Act, especially that of promoting an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown, the more likely it will be to influence the outcome of the variation application.”<sup>122</sup>

---

<sup>115</sup> [1992] 3 SCR 813, 99 DLR (4th) 456.

<sup>116</sup> *Ibid* at 853.

<sup>117</sup> *Ibid* at 854, referring to Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (New York: Free Press, 1985).

<sup>118</sup> Shaffer, “Separation Agreements”, *supra* note 102 at 56.

<sup>119</sup> Julien D Payne, “Spousal and Child Support After *Moge*, *Willick*, and *Levesque*” (1995) 12 Can Fam LQ 261 at 271.

<sup>120</sup> [1995] 3 SCR 370, 127 DLR (4th) 385.

<sup>121</sup> See *ibid* at 393.

<sup>122</sup> See *ibid* at 398.



In the 2000 case of *Leopold v. Leopold*,<sup>123</sup> Justice Wilson of the Ontario Superior Court of Justice applied *Pelech* to the application for spousal support variation before her, but she also attempted to develop “a less restrictive definition of common law unconscionability that would fit the unique dynamics of family law,”<sup>124</sup> and suggested that “the traditional dual test defining what is unconscionable requiring both inequality and improvidence [i.e., the test set out in *Mundinger*] ignores *the special nature of marital relationships*. A rigid application of the inequality requirement ignores the reality that *these are not commercial contracts* negotiated for commercial gain in emotionally neutral circumstances.”<sup>125</sup> In other words, the unique nature of family agreements means that judges should more readily interfere in this class of agreement than other forms of private ordering. The decisive break, however, came in 2003 in *Miglin*.

### C. *Exceptionalism Recognized*

As is well known,<sup>126</sup> *Miglin* concerned “the proper approach to determining an application for spousal support pursuant to s. 15.2(1) of the *Divorce Act*, RSC 1985 ... where the spouses have executed a final agreement that addresses all matters respecting their separation, including a release of any future claim for spousal support.”<sup>127</sup> Despite the existence of the release, the trial judge awarded Linda Miglin \$4,400 per month in spousal support for five years.<sup>128</sup> The Court of Appeal upheld the monetary award but removed the five-year limit.<sup>129</sup>

The majority of the Supreme Court allowed the appeal and held that the parties were bound by the separation agreement.<sup>130</sup> Crucially, though, Justices Bastarache and Arbour for the majority disavowed *Pelech*’s “singular emphasis on self-sufficiency as a policy goal to the virtual exclusion of other objectives” and held instead that “the language and purpose of the 1985 Act militate in favour of a contextual assessment of all the circumstances,” meaning that “judges must balance Parliament’s objective of equitable sharing of the consequences of marriage and its breakdown

---

<sup>123</sup> (2000), 195 DLR (4th) 717, 51 OR (3d) 275 [*Leopold* cited to DLR].

<sup>124</sup> *Miglin*, *supra* note 5 at para 177.

<sup>125</sup> *Leopold*, *supra* note 123 at para 141 [emphasis added].

<sup>126</sup> See Rogerson, “Agreements”, *supra* note 103; Robert Leckey, “Contracting Claims and Family Law Feuds” (2007) 57:1 UTLJ 1 at 4 [Leckey, “Contracting Claims”].

<sup>127</sup> *Miglin*, *supra* note 5 at para 1.

<sup>128</sup> See *LSM v EJM* (1999), 3 RFL (5th) 106 at para 35, [1999] OJ No 5011 (QL).

<sup>129</sup> See *Miglin v Miglin* (2001), 198 DLR (4th) 385 at paras 101, 103, 53 OR (3d) 641.

<sup>130</sup> See *ibid* at paras 92–107.

with the parties' freedom to arrange their affairs as they see fit."<sup>131</sup> The result of this effort to balance competing interests was a convoluted two-part test. The first stage required: (1) a determination as to whether the agreement was fairly negotiated, or whether there was a fundamental flaw in the negotiation process based upon the exploitation of vulnerability that would provide a reason to discount the agreement; and (2) a determination of the extent to which the agreement takes into account the *Divorce Act's* emphasis on equitable sharing of the economic consequences of marriage and its breakdown, with a "significant departure" (only) warranting intervention.<sup>132</sup> The second stage of the test considers the circumstances at the time of the application for spousal support and permits intervention on the basis of "a significant change in the parties' circumstances from what could reasonably be anticipated at the time of negotiation" to an extent that the agreement no longer reflects the parties' intentions and results in a situation that "cannot be condoned" in light of the objectives in the *Divorce Act*.<sup>133</sup>

For present purposes, the first stage of the test is most relevant. In accordance with earlier authority, the appellant had submitted that the appropriate threshold for judicial intervention into the terms of a separation agreement was ordinary common law unconscionability. In response, the majority, ignoring *Mundinger* and instead building on the approach in *Leopold*, observed that when determining whether vulnerability existed in one party and was exploited by the other, it must be recalled that "[n]egotiations in the family law context of separation or divorce are conducted in a unique environment. ... Unlike emotionally neutral economic actors negotiating in the commercial context, divorcing couples inevitably bring to the table a host of emotions and concerns that do not obviously accord with the making of rational economic decisions."<sup>134</sup> Thus, in accordance with the framework set out in the *Divorce Act*, Justices Bastarache and Arbour declared that "contract law principles are not only better suited to the commercial context, but it is implicit in s. 15 of the 1985 Act that *they were not intended to govern the applicability of private contrac-*

---

<sup>131</sup> *Miglin*, *supra* note 5 at paras 40, 46. It remained the case that "a court should be loathe to interfere with a pre-existing agreement" (*ibid* at para 46), but the test for variation was reconfigured to take into account "whether one party was vulnerable and the other party took advantage of that vulnerability" (*ibid* at para 4), and whether the substance of the agreement complied, at formation, with the objectives of the *Divorce Act*; and also whether, at the time of the application, the agreement still reflected the original intention of the parties and complied with the objectives of the Act.

<sup>132</sup> See *ibid* at paras 79–86.

<sup>133</sup> See *ibid* at para 88. See also Rogerson, "Agreements", *supra* note 92 at 214–16.

<sup>134</sup> *Miglin*, *supra* note 5 at paras 74–75.

*tual arrangements for spousal support.*<sup>135</sup> The implications of this distinction for the role of unconscionability were spelled out in the following terms:

[W]e are not suggesting that courts must necessarily look for “unconscionability” as it is understood in the common law of contract. There is a danger in borrowing terminology rooted in other branches of the law and transposing it into what all agree is a *unique legal context*. There may be persuasive evidence brought before the court that one party took advantage of the vulnerability of the other party in separation or divorce negotiations that would fall short of evidence of the power imbalance necessary to demonstrate unconscionability in a commercial context between, say, a consumer and a large financial institution.<sup>136</sup>

In other words, while separation agreements are contracts, their “unique nature ... and their differences from commercial contracts”<sup>137</sup> must be recognized. On this point the Court was in agreement.<sup>138</sup> Justices LeBel and Deschamps (dissenting as to the appropriate test and the result) noted that unconscionability in the ordinary law of contracts requires proof of exploitation of inequality, and unfairness or improvidence in the agreement, citing *Mundinger* in support.<sup>139</sup> The Justices then observed that “[t]he stringency of the test for unconscionability reflects the strong presumption that individuals act rationally, autonomously and in their own best interests when they form private agreements.”<sup>140</sup> In their view, “[i]t is inherently problematic to apply this strict standard, which is more appropriate to arm’s-length commercial transactions, in the *polar opposite* negotiating context of family separation and divorce.”<sup>141</sup> That is, separation agreements are *not* ordinary contracts and should not be treated as such.

While the majority’s test was a clear departure from *Pelech*,<sup>142</sup> Linda Miglin still failed in her effort to have the separation agreement varied.

---

<sup>135</sup> *Ibid* at para 77 [emphasis added].

<sup>136</sup> *Ibid* at para 82 [emphasis added].

<sup>137</sup> *Ibid* at para 91.

<sup>138</sup> See Leckey, “Contracting Claims”, *supra* note 126 (“[a]ll the judges explicitly adopt a contextual method and sharply distinguish the scenario of negotiating spouses from commercial settings” at 2).

<sup>139</sup> *Miglin*, *supra* note 5 at para 208.

<sup>140</sup> *Ibid*.

<sup>141</sup> *Ibid* [emphasis added].

<sup>142</sup> According to Rogerson, this new standard still “sounds a lot like” the test in *Pelech* (Rogerson, “Agreements”, *supra* note 92 at 223). Substantively this may be correct (for analysis of decisions post-*Miglin* see Carol Rogerson, “Spousal Support Agreements and the Legacy of *Miglin*” (2012) 31:1 Can Fam LQ 13 [Rogerson, “Legacy of *Miglin*”]), but as a matter of legal classification the distinction is utterly crucial.

For present purposes, though, the crucial point is the distinction drawn by both the majority and the dissenting judges between domestic contracts and commercial contracts. By reason of their connection to the family, domestic contracts were treated by the Court as an exceptional species of contract, attracting a lower threshold for judicial intervention (one tethered to the provisions of the *Divorce Act*) than the unconscionability standard applicable to commercial contracts. This feature of the decision was not just an acknowledgement of the need for contextual evaluation of the particular circumstances of each case; it was also a stark departure from the idea espoused in *Pelech* and a long line of English and Canadian authorities that domestic contracts are analogous to ordinary contracts, and an assertion instead of the exceptional nature of contracts that touch on the domain of the family.<sup>143</sup>

As with *Pelech*, commentary in the wake of *Miglin* largely focused on the extent to which it did, or did not, constitute a shift toward a model premised on substantive fairness and economic justice for women.<sup>144</sup> In one of the most detailed analyses of the cases, Carol Rogerson argued that the “complex, multi-part, fact-driven test” decision in *Miglin* still clung to the autonomy-based values put forward in *Pelech*, most obviously through the majority’s repeated statement that separation agreements “are contracts nonetheless.”<sup>145</sup> While there was some recognition by the Court of the unique environment in which separation agreements are drawn up, and that they are and ought to be treated as distinct from commercial contracts, “the majority reasons reflect an extremely idealized view of contracts as a transparent reflection of the parties’ true, subjective understandings and expectations of their relationship”—a vision that is “out of touch with the reality of the context in which separation agreements are

---

<sup>143</sup> In the more recent case of *LMP v LS*, 2011 SCC 64 [*LMP*], the Supreme Court of Canada considered an application to vary an existing court order that incorporated a separation agreement between the parties, pursuant to s 17 of the *Divorce Act*, rather than an initial application to modify a separation agreement under s 15.2 (see e.g. *Miglin*, *supra* note 5). The majority in *LMP*, *supra* note 125, observed that “it is important to keep the s. 15.2 and s. 17 analyses distinct” (at para 23). They affirmed the material change test developed in *Willick v Willick*, [1994] 3 SCR 670, 119 DLR (4th) 405 to deal with s 17 applications (*LMP*, *supra* note 125 at para 30), and concluded that *Miglin* does not apply to such applications (*ibid* at para 28). Notably, Justices Abella and Rothstein rejected the argument made by Justice Cromwell that “the parties’ comprehensive, final agreement must be accorded significant weight at the variation stage” (*ibid* at para 45), arguing that this approach was reminiscent of *Pelech* and that “contract law principles are not rigidly applied in the family law context” (*ibid* at para 15).

<sup>144</sup> The most notable exception to this general framing is found in Robert Leckey’s analysis of *Miglin* (*supra* note 5) and the subsequent decision in *Hartshorne* (*supra* note 6), arguing that both cases were more sensitive to context than most commentators realized (see Leckey, “Contracting Claims”, *supra* note 110).

<sup>145</sup> Rogerson, “Agreements”, *supra* note 92 at 202, 222.

typically negotiated.”<sup>146</sup> With respect, I tend to think Rogerson underestimates the shift that occurred in *Miglin*<sup>147</sup>—while a clearer test and greater concern for distributive justice might have been preferable, in my view the decision nevertheless clearly disarticulated the historical association between separation agreements and commercial contracts. Instead, the decision reoriented the treatment of these contracts toward a more exceptionalist trajectory that comports with the general treatment of agreements touching upon the family. In other words, from a longer historical perspective, *Miglin* effected a significant rupture in the long-standing view of separation agreements as a species of ordinary contract; instead, it recharacterized them as an exceptional species of contract based upon their nexus with the family.

#### *D. A Tentative Extension*

In 2004, the Supreme Court finally heard a case concerning the enforceability of a pre-nuptial agreement: *Hartshorne*. Unsurprisingly, the Court affirmed the general validity of this form of domestic contract in line with the statutory schemes noted above. The real question was the appropriate standard for variation, which the majority approached in a distinctly formal manner. Indeed, Martha Shaffer characterized the approach as “more consistent with contracting in the commercial context than ... with contracting in the family realm.”<sup>148</sup> Justice Bastarache found that *Miglin* was relevant to the question at hand “for its general legal proposition that some weight should be given to marriage agreements” (as well as separation agreements, of course), but it was not to be applied “without qualification” to the particular fairness-based regime of the *Family Relations Act* (FRA).<sup>149</sup> Accordingly, his analysis suggested a test based on the factual question of whether the circumstances attending the making and execution of the agreement, and its terms, were unfair; where present circumstances were within the contemplation of the parties, and an agreement “and circumstances surrounding it reflect consideration and response to these circumstances, then the plaintiff’s burden to establish unfairness is heavier.”<sup>150</sup> In Justice Bastarache’s estimation, the agreement was fair, partly because the financial and domestic arrange-

---

<sup>146</sup> *Ibid* at 224–25.

<sup>147</sup> See also Leckey, “Contracting Claims”, *supra* note 110, arguing that the majority required “contextual assessment of all the circumstances” (at 22) and “sharply distinguish[ed] the scenario of negotiating spouses from commercial settings” (at 2).

<sup>148</sup> Martha Shaffer, “Domestic Contracts, Part II: The Supreme Court’s Decision in *Hartshorne v. Hartshorne*” (2004) 20:2 Can J Fam L 261 at 286.

<sup>149</sup> *Hartshorne*, *supra* note 6 at paras 40, 42. See also *FRA*, *supra* note 60.

<sup>150</sup> *Ibid* at para 47.

ments between the parties unfolded as they had expected. Moreover, Justice Bastarache said that the spousal and child support to which Kathleen Hartshorn was entitled under the agreement made provision for the economic disadvantage she had suffered by postponing her career to care for the couple's two children.

In dissent, Justice Deschamps (with whom Justices Lebel and Binnie agreed) argued that the majority's approach actually amounted to a standard of unconscionability: "The majority states that by choosing to execute the agreement despite having noticed that it might be unfair, the respondent signaled that she was not concerned. This analysis, in my view, is not acceptable and confuses fairness with unconscionability."<sup>151</sup> On this view, then (shared by Martha Shaffer),<sup>152</sup> the majority judgment in *Hartshorne* effectively undid, or at least ignored, the distinction between domestic and commercial contracts set out in *Miglin*, and the lower standard for variation of domestic contracts developed in that case. With respect, however, it is somewhat difficult to reconcile the idea that the majority was surreptitiously or inadvertently substituting unconscionability for fairness (and thereby equating domestic contracts with commercial contracts) in light of the attention paid to *Miglin*, which, as we have seen, clearly established such a distinction. In particular, Justice Bastarache noted *Miglin's* emphasis on the "peculiar aspects of separation agreements generally,"<sup>153</sup> and gave no indication that the domestic/commercial contract distinction (and accompanying different standards of review) was in doubt.<sup>154</sup> In this respect, *Hartshorne* effectively confirmed the exceptional status of marriage contracts in Canadian law and tentatively extended the test developed in *Miglin* to this class of agreement.

---

<sup>151</sup> *Ibid* at para 89.

<sup>152</sup> Shaffer characterized the majority decision as "more consistent with contracting in the commercial context than ... with contracting in the family realm." In her view, the majority failed to pay due regard "to the emotional and personal context in which marriage contracts are negotiated," and ignored Kathleen Hartshorne's "resistance to signing the contract and her extreme emotional distress when she did," finding instead that her receipt of independent legal advice made up for the unfairness of the agreement. In this respect, the approach was "focused less on ensuring that an agreement provides fair compensation than it is on ensuring that people are entitled to enter into and rely upon contracts" (Shaffer, *supra* note 130 at 281, 284–86).

<sup>153</sup> *Hartshorne*, *supra* note 6 at para 40.

<sup>154</sup> See also Leckey, "Contracting Claims", *supra* note 110 at 30, arguing that the majority was "aware of the complex emotional dynamics" but simply placed more weight on the fact of Mrs. Hartshorne being a lawyer (and hence capable of understanding what she was getting herself into). Martha Bailey also emphasizes the decision's concern with context (See Martha Bailey, "Marriage À La Carte: A Comment on *Hartshorne v. Hartshorne*" (2004) 20:2 Can J Fam L 249 at 257–58).

### *E. Exceptionalism Confirmed (and Extended)*

While the Supreme Court of Canada's approach in *Hartshorne* was cautious, there was no such hesitation in the next major domestic contracts case before the court: *Rick v. Brandsema*.<sup>155</sup> In *Rick*, the Supreme Court of Canada returned to the issue of separation agreements, again in the context of British Columbia's FRA. After a protracted process of negotiation, Nancy Rick and Ben Brandsema executed a separation agreement in 2001 that asserted their intention to divide the marital assets equally, and which provided Nancy Rick with an equalization payment of \$750,000. The separation agreement in fact reflected inaccurate financial information provided by Ben Brandsema, including undisclosed withdrawals from the couple's joint account of nearly a quarter of a million dollars. Nancy Rick subsequently sought to have the agreement set aside on the basis of unconscionability and misrepresentation, or in the alternative a judicial reapportionment of assets under section 65 of the FRA.

At first instance, Justice Slade found that Nancy Rick's mental condition during the negotiations "rendered her vulnerable in the sense that the term is used in *Miglin*," and that Ben Brandsema "took the advantage that he was given"; hence, the agreement was unconscionable.<sup>156</sup> The British Columbia Court of Appeal overturned Justice Slade's judgment on the basis that he overestimated Nancy Rick's vulnerabilities, which were, in any event, adequately compensated for by the availability of counsel.<sup>157</sup> The Supreme Court of Canada reversed the British Columbia Court of Appeal's judgment. Justice Abella, writing for a unanimous Court, declared that the appeal "attracts a spotlight to the duties owed by separating spouses during the process of negotiating and executing a separation agreement for the division of matrimonial assets."<sup>158</sup> In particular, the circumstances of the case required consideration of "the implications flowing from *Miglin* for the deliberate failure of a spouse to provide all the relevant financial information in negotiations for the division of assets."<sup>159</sup> Accordingly, Justice Abella declared, "it is a corollary to the realities addressed by this Court in *Miglin* that there be a duty to make full and honest disclosure of such information when negotiating separation agreements."<sup>160</sup> While neither case was mentioned in *Brandsema*, the Supreme Court of Canada's judgment essentially amounted to a rejection of

---

<sup>155</sup> See *Rick*, *supra* note 7.

<sup>156</sup> *R(N) v B(B)*, 2006 BCSC 595 at paras 105, 113.

<sup>157</sup> See *Rick v Brandsema*, 2007 BCCA 217 at para 47; *Rick*, *supra* note 7 at para 3.

<sup>158</sup> *Rick*, *supra* note 7 at para 4.

<sup>159</sup> *Ibid* at para 5.

<sup>160</sup> *Ibid*.

the Ontario Court of Appeal's ruling in *Farquar* that spouses owed each other no positive duty of disclosure when negotiating a separation agreement, and an extension of the Ontario Court of Appeal's more recent decision in *LeVan v. LeVan*, which affirmed the duty to disclose in the context of a pre-nuptial agreement pursuant to section 56(4) of Ontario's *Family Law Act*.<sup>161</sup> Upon this footing, Justice Abella affirmed Justice Slade's finding that Ben Brandsema acted in an exploitative manner.<sup>162</sup>

In the course of reaching this conclusion on the duty to disclose, Justice Abella made a number of important observations concerning *Miglin* and the scope of the doctrine of unconscionability in the context of domestic contracts. Noting that *Miglin* "dealt with spousal support agreements in the context of a divorce," Justice Abella declared that the case "nonetheless offers guidance for the conduct of negotiations for separation agreements generally, including negotiations for the division of matrimonial assets."<sup>163</sup> In this respect, she gave tacit approval to the line of lower court decisions that had treated *Miglin* in this manner.<sup>164</sup> Justice Abella then specifically noted the majority's finding in *Miglin* that, as she put it, "because of the uniqueness of this negotiating environment, bargains entered into between spouses on marriage breakdown are not, and should not be seen to be, subject to the same rules as those applicable to commercial contracts,"<sup>165</sup> and that a lower threshold for intervention than common law unconscionability was appropriate.

Then, however, Justice Abella made the rather startling claim that "*Miglin* represented a reformulation and tailoring of the common law test for unconscionability to reflect the uniqueness of matrimonial bargains," referring to the majority's clarification in that case that, "we are not suggesting that courts must necessarily look for 'unconscionability' as it is

---

<sup>161</sup> 2008 ONCA 388. As Carol Rogerson has noted, *LeVan* breathed life into what had up to that point been a relatively dormant provision, leading her to question whether the case "suggested that a more aggressive approach to judicial review of domestic contracts was taking hold" (see Rogerson, "Legacy of *Miglin*", *supra* note 142 at 18).

<sup>162</sup> Accordingly, Justice Abella in *Rick*, *supra* note 7, affirmed Justice Slade's award of \$649,680 and declared that "damages are appropriate as equitable compensation" at para 69. As Leckey noted in his response to the case, Justice Abella erroneously claimed that Justice Slade's award was "made as damages or, in the alternative, as a compensation order under section 66(2)(c)" of the *Family Relations Act* (see Robert Leckey, "A Common Law of the Family? Reflections on *Rick v. Brandsema*" (2009) 25:2 Can J Fam L 257 at 263 [Leckey, "Reflections"]). In fact, the reverse was the case (see *ibid* at 264). Leckey also discusses the problems attending this mingling of remedies (see *ibid* at 273–79).

<sup>163</sup> *Rick*, *supra* note 7 at para 39.

<sup>164</sup> See *supra* note 147.

<sup>165</sup> See *Rick*, *supra* note 7 at para 40.



understood in the common law of contract.”<sup>166</sup> This reading of *Miglin* is questionable.<sup>167</sup> The majority in *Miglin* distinguished marriage contracts from commercial contracts and held that a lower standard for intervention than common law unconscionability was appropriate in the domestic context; however, as Robert Leckey has noted, judges up to this point had read *Miglin* “as relating not to an agreement’s validity at common law, but to its weight for a judge exercising statutory discretion.”<sup>168</sup> Justice Abella’s reading of the case, however, was much more expansive and suggested not only a standard of review lower than ordinary unconscionability but a *separate, free-standing* common law test of unconscionability tailored to the specific context of domestic contracts (standing alongside the stricter standard of unconscionability applicable to commercial contracts). In this respect, the Court in *Rick* put to rest the idea, first advanced in *Mundinger*, that separation agreements are subject to the same standard of unconscionability as ordinary contracts.<sup>169</sup>

Justice Abella then proceeded to link this reformulated standard of unconscionability (and the corresponding common law duty to disclose) back to statutory schemes governing domestic contracts: “In other words, the best way to protect the finality of any negotiated agreement in family law, is to ensure both its procedural and substantive integrity with the relevant legislative scheme.”<sup>170</sup> In the context of *Rick*, that meant section 56 of the FRA, with its presumption of equality in matrimonial property division. Based on the “misleading informational deficits and psychologically exploitative conduct” evident in the case, Justice Abella found that Justice Slade’s conclusion “that the resulting, significant deviation from the wife’s *statutory entitlement* rendered the agreement unconscionable and therefore unenforceable” was “amply supported by the evidence.”<sup>171</sup>

*Rick* therefore reinforced and extended *Miglin*’s distinction between domestic and commercial contracts by asserting not simply different

---

<sup>166</sup> *Ibid* at para 43 citing *Miglin*, *supra* note 5 at para 82.

<sup>167</sup> See Rogerson, “Legacy of *Miglin*”, *supra* note 124 at 27–28. *Cf* Payne and Payne, suggesting that *Rick* “reiterates the opinion expressed in *Miglin v Miglin* that there may be persuasive evidence of unconscionability arising from the vulnerability of a spouse in the negotiation of a settlement on marriage breakdown that will not be found in typical commercial negotiations” (Julian D Payne and Marilyn A Payne, *Canadian Family Law*, 6th ed (Toronto: Irwin Law, 2015) at 66–67).

<sup>168</sup> Leckey, “Reflections”, *supra* note 143 at 267–68.

<sup>169</sup> As with its implicit rejection of *Farquar*, though, the Court in *Rick* made no mention of *Mundinger*.

<sup>170</sup> *Rick*, *supra* note 7 at para 50.

<sup>171</sup> *Ibid* at para 63 [emphasis added].

standards of review, but different standards of common law unconscionability for each species of contract (though a finding of unconscionability in the context of a separation agreement remains tethered to the relevant legislative scheme). In this respect, whether or not one agrees with the Court's reading of *Miglin*, *Rick* stands for the proposition that domestic contracts (i.e., marriage contracts and separation agreements) are, *at common law*, an exceptional species of contract, and subject to a lower threshold for intervention on the ground of unconscionability than commercial contracts—a shift that lower courts appear to have taken seriously.<sup>172</sup> In this respect, *Rick* is best viewed not only as an endorsement of an approach to separation agreements premised on substantive fairness, the value of women's domestic work, and the duty to give complete financial disclosure to a spouse, but also as the (current) culmination of a shift away from a rigidly contractualist understanding of separation agreements, toward a view of them instead as an exceptional species of contract owing to their nexus with the family.

In sum, the preceding analysis shows that in the past two decades, the Supreme Court of Canada (partly pursuant to earlier legislative developments concerning marriage contracts) has departed from the historical position under both English and Canadian law that separation agreements are simply a species of ordinary contract—a position that reached

---

<sup>172</sup> See e.g. *LEM v DMI*, 2013 BCSC 450 at para 80 [*LEM*], where the court held that a separation agreement was unconscionable at common law pursuant to *Miglin*, *supra* note 5, and *Rick*, *supra* note 7, and therefore varying it pursuant to s 65 of the *Family Relations Act*; *SLC v CJRC*, 2014 BCSC 1814 (Gray J followed *LEM*, *supra* note 172, and declared that *Rick*, *supra* note 7, “confirmed that separation agreements should not be subject to the same rules as those applicable to commercial contracts negotiated between two parties of equal strength, because of the uniqueness of the negotiating environment” at para 419); *Gibbons v Livingston*, 2018 BCCA 443 (Willcock J applies the analysis in *Rick*, *supra* note 7, to a case concerning settlement negotiations upon the death of the appellant's common law spouse, who was the respondent's father).

In Ontario, see e.g. *Katz v Katz*, 2010 ONSC 158 (Hughes J noted that *Rick*, *supra* note 7, gave “clear direction on the *special considerations that must come into play when we are called upon to evaluate the enforceability of domestic contracts as distinct from other forms of contract*” at para 171 [emphasis added] and upheld a claim of unconscionability concerning a marriage contract at para 180); *Stevens v Stevens*, 2012 ONSC 706 (Harper J set aside a marriage contract for unconscionability and specifically noted Abella J's emphasis in *Rick*, *supra* note 7, on “the uniqueness of matrimonial bargains,” and her “reformulation and tailoring of the common law test for unconscionability” to reflect the exceptional nature of domestic contracts at para 154); *Toscano v Toscano*, 2015 ONSC 487 (Blisshen J affirmed the finding in *Rick*, *supra* note 7, that “[m]atrimonial negotiations occur in a unique environment and therefore unconscionability in the matrimonial context is not equivalent to unconscionability in a commercial context” at para 64, but refused to set aside the marriage contract; *Butler v Butler*, 2015 ONSC 6796 (Vogelsang J recognized “the applicable basic principles” concerning domestic contracts at para 48, as set out by Abella J in *Rick*, *supra* note 7).

its high point in Canada in *Pelech*. Instead, by developing a new standard of unconscionability that was initially tied to the *Divorce Act* but subsequently expanded into a new common law standard of unconscionability applicable to domestic contracts generally, the Court drew a clear distinction between domestic contracts and commercial contracts on the basis of the former class of agreements' connection to the family. Accordingly, the Supreme Court effectively undid the long-standing outlier status of separation agreements vis-à-vis other agreements touching upon the family. In this respect, the family-based exceptionalization of domestic contracts seen in *Miglin*, *Hartshorne*, and *Rick* parallels, and may be viewed in some respects as a belated extension of, the nineteenth-century process by which marriage itself was rendered exceptional vis-à-vis ordinary contracts.

## Conclusion

It is often said that we understand ourselves and the world we live in through stories. And, as the legal historian Robert Gordon has observed, drawing upon different storylines “has the effect ... of *relativizing* the old story-lines,” revealing “what they are: some among many possible interpretive frameworks in which to stick historical evidence.”<sup>173</sup> In this paper I have suggested that the dominant storyline concerning *Pelech*, *Miglin*, *Hartshorne*, and *Rick*—one in which the contractual formalism of *Pelech* is supplanted by the contextualism of a substantive fairness model—is but one interpretive framework. To be sure, it is an important way of conceptualizing these cases, and unquestionably reflects the ideological and socio-legal concerns that have underscored variations in the Canadian common law of the family in the past four decades, as well as the ongoing tension between private ordering and judicial intervention in the family sphere. However, to focus only on these polarities obscures the ways that these cases also fit within a much longer historical narrative concerning the place of contract within family ordering, and the extent to which the law of the family is or ought to be treated as distinct from the “core” of private law—contract.

From this perspective, *Pelech* was not only an effort to instantiate equality through contract; it was also the culmination of older historical distinctions between separation agreements and other domestic contracts, including marriage. Accordingly, *Miglin*, *Hartshorne*, and *Rick* were also not just efforts to ameliorate the harshness of *Pelech* by paying greater attention to the substantive fairness of family agreements; they were also the continuation of much older processes of exceptionalism within the

---

<sup>173</sup> Robert W Gordon, “Critical Legal Histories” (1984) 36:1/2 *Stan L Rev* 57 at 96–98.

law's treatment of agreements touching upon the family. In other words, these cases undid the outlier status of separation agreements vis-à-vis other classes of domestic contract, and in so doing extended the idea that there is something distinctive and exceptional about domestic agreements that warrants a different standard for judicial intervention than that which applies to ordinary commercial contracts. In this respect, the evolution of the Canadian common law concerning domestic contracts and especially separation agreements points to the existence not only of increased concerns with substantive fairness and the situation of women upon relationship breakdown, but also to an important aspect of the more general exceptionalism of family law as a discrete body of legal thought and doctrine distinct from the general law of contract because of the personal nature of the relations with which family law is concerned. Read this way, the cases revisited in this paper also suggest that private ordering in the family sphere cannot simply be read as a move toward contract (and away from status). Acceptance of the validity and enforceability of ante-nuptial agreements<sup>174</sup> certainly points toward greater legislative and judicial acceptance of contractual ordering between married couples; however, it is also clear that this shift has been accompanied by judicial recognition of the exceptional nature of the family and the need for a different approach to that which applies in the law of commercial contracts.<sup>175</sup>

---

---

<sup>174</sup> In England as well as in Canada, following the decision of the UK Supreme Court in *Radmacher*, *supra* note 34.

<sup>175</sup> For an overview of private ordering in Canadian family law, see Robert Leckey, "Shifting Scrutiny: Private Ordering in Family Matters in Common-Law Canada" in Frederik Swennen, ed, *Contractualisation of Family Law: Global Perspectives* (Cham, Switzerland: Springer, 2015) 93.