

La gouvernance territoriale et l'obligation constitutionnelle de consulter et d'accommoder les peuples autochtones

Sébastien Grammond*

Communication pour le colloque de l'ASRDLF
Rimouski, août 2008

À l'été 2005, des conceptions divergentes de la gouvernance territoriale ont été à la source d'un conflit dans la région de la Côte-Nord. L'enjeu concret de ce conflit était la coupe de bois sur l'île René-Levasseur, au centre du réservoir Manicouagan, par l'entreprise forestière Kruger. Les Innus de la communauté de Pessamit, affirmant n'avoir pas été consultés par le gouvernement, ont obtenu de la Cour supérieure une injonction arrêtant les activités forestières de Kruger, même si celle-ci avait obtenu un permis du gouvernement québécois. Les travailleurs de la région ont tenu d'importantes manifestations, se plaignant de faire les frais d'un litige entre un État distant et des communautés autochtones et réclamant que la gestion des ressources naturelles de la région tienne compte des intérêts de ceux qui y habitent.

Nous analyserons ici les trois conceptions de la gouvernance territoriale qu'illustre cet exemple : la gouvernance étatique, manifestée par le permis de coupe émis par l'État, la gouvernance partagée avec les autochtones, qui sous-tend l'injonction accordée par la Cour supérieure, et la gouvernance régionalisée que prônent les travailleurs de la région. Ces deux dernières conceptions de la gouvernance, qui remettent en cause le pouvoir tout-puissant de l'État, ont récemment acquis leurs lettres de noblesse. Ainsi, la Cour suprême du Canada a reconnu, dans l'arrêt *Nation haïda* (2004), que l'État devait consulter les autochtones et accommoder leurs intérêts dans toute décision concernant le territoire que ceux-ci revendiquent. De son côté, le gouvernement du Québec a, depuis 2003, adopté une politique de régionalisation, notamment en matière de gestion des ressources naturelles. À cet égard, le présent texte cherche à faire le pont entre les études en développement régional et le mouvement de régionalisation de la gouvernance territoriale, qui ignorent trop souvent la situation particulière des peuples

* LL.B., LL.M. (Montréal), M.St., D.Phil. (Oxford), professeur agrégé et vice-doyen à la recherche, Faculté de droit (Section de droit civil), Université d'Ottawa; avocat-conseil, Fraser Milner Casgrain. L'auteur désire remercier Christiane Guay et Sophie Thériault, qui ont accepté de commenter des versions antérieures du présent texte.

autochtones, et les études en droit des autochtones, qui s'intéressent rarement à l'évolution des régimes provinciaux de gestion du territoire.

Le présent texte s'inscrit également dans la mouvance des études qui portent sur la reconfiguration de la gouvernance, notamment à l'aide du concept de gouvernance à plusieurs paliers (« multi-level governance ») (Bache et Flinders 2005). À l'opposé des théories classiques du fédéralisme et de la décentralisation, les théories de la gouvernance à plusieurs paliers écartent une approche purement hiérarchique entre les institutions des différents paliers de gouvernement et mettent plutôt l'accent sur l'aspect négocié, voire fluide, des différents processus de gouvernance (Peters et Pierre 2005). Selon Peters et Pierre (2001), la gouvernance à plusieurs paliers « refers to negotiated, non-hierarchical exchanges between institutions at the transnational, national, regional and local levels ». La quête des peuples autochtones pour l'autonomie gouvernementale peut être analysée à l'aide de ces concepts (Papillon 2007).

Or, mettre l'accent sur l'aspect négocié ou fluide des relations entre le centre et la périphérie, entre l'État et les régions ou entre l'État et les peuples autochtones risque d'occulter les inégalités et les relations de pouvoir qui subsistent entre les différents acteurs de cette gouvernance à plusieurs paliers (Peters et Pierre 2005; Lemieux 1997 : 96-105). Plusieurs facteurs peuvent expliquer ces rapports de pouvoir. Bien sûr, les ressources financières jouent un rôle majeur : si le budget des instances décentralisées est entièrement attribué par l'État, ces instances ne peuvent prétendre négocier sur un pied d'égalité. La légitimité démocratique variable des différents acteurs de la gouvernance peut aussi contribuer à expliquer leur poids dans une négociation. Toutefois, dans le présent texte, nous insisterons sur le rôle du droit comme déterminant des rapports de pouvoir entre les différents acteurs de la gouvernance. On a parfois prétendu que la gouvernance à plusieurs paliers se construisait tout à fait indépendamment du droit constitutionnel et de la répartition formelle des pouvoirs que celui-ci établit (Peters et Pierre 2005 : 80), de la même manière qu'il est maintenant commun d'affirmer que les relations entre le gouvernement fédéral et les provinces ont, dans les faits, considérablement modifié le partage des compétences établi en 1867, rendant celui-ci désuet aux yeux de bien des observateurs. Notre analyse démontrera que les règles de droit, en raison de la possibilité qu'elles offrent à certains acteurs de la gouvernance de contraindre le comportement d'autres acteurs, influent

considérablement sur l'équilibre du pouvoir dans les processus de gouvernance à plusieurs niveaux.

1. La gouvernance étatique du territoire

Le développement d'approches régionales et autochtones de gestion du territoire s'inscrit, de façon générale, en opposition à une conception de base de la gouvernance du territoire que nous appellerons « étatique ». Même si cette conception étatique résulte d'une conjoncture historique donnée et qu'elle n'a pas toujours existé, il suffit, pour les fins du présent texte, de noter qu'elle a été largement dominante pendant une grande partie du XX^e siècle (Chiasson, Boucher et Martin 2005). Dans le contexte québécois récent, cette gouvernance étatique du territoire tire sa source de trois principaux courants de pensée : la social-démocratie et la redistribution de la richesse, le nationalisme et la gestion scientifique des ressources. Analysons ces idées une à une, tout en soulignant les liens qui les unissent et les concepts juridiques qui leur donnent vigueur.

Premièrement, la gouvernance étatique sous-tend l'idée de propriété publique du territoire : le territoire est géré par l'État en vue du bien du plus grand nombre, de l'intérêt de l'ensemble de la population. Ainsi, l'État peut orienter le développement des ressources naturelles d'une manière qui favorise l'intérêt général, que ce soit en confiant l'exploitation d'une ressource à une entreprise publique (ex. : Hydro-Québec) ou en favorisant l'implantation d'entreprises créatrices d'emplois ou génératrices de redevances pour l'État. En ce sens, quelle que soit la stratégie choisie, la gouvernance étatique s'oppose aux intérêts privés ou sectoriels. Dans le Québec de la « révolution tranquille », la nationalisation de l'électricité ou celle des clubs de chasse et de pêche illustre bien cette dimension et souligne son rattachement au projet nationaliste québécois.

Juridiquement, cet aspect de la gouvernance du territoire se traduit par la présomption de non-concession du domaine public, énoncée à l'article 918 du Code civil : à moins qu'un particulier ne puisse démontrer un titre sur une partie du territoire, celui-ci appartient à l'État. Tout en laissant une certaine place à la propriété privée des ressources naturelles, la législation en matière de mines, de foresterie ou de ressources hydrauliques cherche

à préserver le caractère public du territoire en s'assurant que l'État en conserve le titre de propriété et en n'accordant aux entreprises privées que des titres temporaires et révocables¹.

Deuxièmement, la gouvernance étatique met l'accent sur l'aspect unitaire du régime gouvernemental. Bien que le Québec fasse partie d'un régime fédéral où la gouvernance est nécessairement partagée, la constitution canadienne de 1867 attribue aux provinces la propriété des terres publiques (art. 109) et la compétence pour légiférer à leur égard (art. 92(5) et 92A), ainsi que la compétence pour créer des institutions municipales ou locales (art. 92(8)). C'est ce qui explique que la gouvernance territoriale, notamment celle des ressources naturelles, se soit bâtie essentiellement à l'échelle du Québec. Ainsi, c'est à l'État provincial, et non aux municipalités ou aux autres instances régionales, que revient le titre de propriété des terres non concédées. De plus, même si les municipalités exercent certains pouvoirs de gestion du territoire, notamment en matière de zonage, les principaux pouvoirs liés à l'exploitation des ressources naturelles ont été conservés par l'État provincial. Enfin, c'est le Québec qui conserve la haute main sur le processus d'évaluation environnementale des grands projets industriels, placé sous l'égide du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, bien que le pouvoir de décision final relève du conseil des ministres.

L'aspect unitaire de la gouvernance territoriale se traduit par la préoccupation constante pour ce qu'il est convenu d'appeler l'« intégrité territoriale » du Québec. Cette intégrité est souvent considérée dans sa dimension externe, c'est-à-dire comme s'opposant à des velléités de réduire le territoire du Québec si celui-ci devenait un pays indépendant. Par ailleurs, le discours sur l'identité territoriale possède également une dimension interne (Dorion et Lacasse 1974), qui dénonce toute restriction aux pouvoirs de l'État québécois à l'égard de son territoire, qu'il s'agisse d'« enclaves fédérales » comme les ports, les aéroports, etc., ou encore de territoires autochtones. Dans les deux cas, le lien entre le territoire du Québec et l'État québécois possède un aspect symbolique important, car la compétence plénière de l'État québécois à l'égard de son territoire est présentée comme une garantie des intérêts et des droits du peuple québécois.

La préoccupation pour l'intégrité territoriale québécoise a eu des répercussions importantes sur la reconnaissance de droits autochtones sur le territoire de la province

¹ Voir notamment la *Loi sur les mines*, L.R.Q., c. M-13.1, la *Loi sur les forêts*, L.R.Q., c. F-4.1, et la *Loi sur le régime des eaux*, L.R.Q., c. R-13.

(Grammond 2006 : 305-310). À cet égard, le fait que la constitution canadienne soustrait les « terres réservées aux Indiens » à la compétence provinciale a toujours constitué un irritant dans les relations Québec-autochtones, puisqu'il attribue à l'État fédéral une compétence sur certaines parties du territoire du Québec et réduit d'autant la compétence de l'État québécois. L'attribution d'une protection constitutionnelle aux droits ancestraux des autochtones, lors du rapatriement de la constitution canadienne en 1982, n'a fait qu'exacerber les inquiétudes, puisqu'elle a donné lieu à diverses théories dont les plus extrêmes privent presque entièrement les provinces de toute compétence sur la gestion du territoire (Grammond 2003 : 367-370). Cette perception a conduit le gouvernement québécois à construire, dès la fin du XIX^e siècle, un argumentaire juridique voulant que les autochtones du sud du Québec (c'est-à-dire la province de Québec dans ses limites de 1763) ne possédaient aucun droit foncier spécifique, puisque tout droit de ce genre aurait été éteint soit par le Régime français, soit par la Proclamation royale de 1763 (Beaulieu, Cantin et Ratelle 1989). Même si leurs fondements étaient fort douteux (Dionne 1991), ces arguments ont été réitérés par le gouvernement du Québec jusqu'au milieu des années 1990, jusqu'à ce que la Cour suprême les rejette (arrêts *Adams* et *Côté*) et affirme qu'aucune extinction générale des droits ancestraux n'a eu lieu dans le sud du Québec

Troisièmement, la gouvernance étatique suppose une approche scientifique de la gestion du territoire. Par exemple, la réglementation sur les études d'impacts environnementaux prévoit qu'une telle étude « doit être préparée et conçue selon une méthode scientifique »². Or, étant donné que le savoir scientifique obéit à une logique abstraite et universalisante, l'adoption de la science comme critère de gouvernance conduit à privilégier des solutions uniformes à travers le Québec, ce qui renforce la tendance unitaire déjà évoquée (Chiasson, Andrew et Perron 2006). Ce sont donc les institutions centrales du gouvernement québécois, notamment le ministère des Ressources naturelles, qui prennent les décisions, au détriment des décideurs des régions ou des peuples autochtones. De la même manière, les ressources sont exploitées principalement par des entreprises qui sont dirigées de manière centralisée à partir des grandes villes (Hydro-Québec, Domtar, Iron Ore, etc.).

² *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, R.Q., c. Q-2, r. 9, art. 3.

2. Le développement d'une conception partagée

Les autochtones n'ont jamais endossé la conception étatique de la gouvernance territoriale qui vient d'être esquissée. L'expansion des activités d'exploitation des ressources naturelles aux XIX^e et XX^e siècles a, dans la plupart des cas, été accompagnée d'une marginalisation socio-économique des autochtones, devenus obstacles au développement plutôt que partenaires dans le commerce de la fourrure (Gélinas 2007; Lacasse 2004 : 91-138). En Ontario et dans l'Ouest canadien, cette marginalisation a été mise en œuvre par un système voulant que les autochtones « cèdent » leurs droits fonciers en échange de « réserves » plus ou moins exigües, rendant ainsi la quasi-totalité du territoire disponible pour la colonisation (Grammond 2003 : 90-95). Au Québec, étant donné le refus de reconnaître des droits ancestraux aux autochtones, il n'y a pas eu de traité. L'État québécois a tout de même mis de côté une banque de terres afin que l'État fédéral crée des réserves en vue de sédentariser la population autochtone. Dans bien des cas, cependant, le gouvernement fédéral a subséquemment persuadé les communautés autochtones de céder une partie de leurs terres contre de l'argent, réduisant d'autant la superficie de leur assise territoriale propre (Gélinas 2007 : 142-145; Bartlett 1984). Cette situation a permis à la conception étatique du territoire de triompher : l'utilisation du territoire par les autochtones devenait circonscrite par les attributions de terres faites par le Québec.

C'est seulement dans la deuxième moitié du XX^e siècle que les autochtones de certaines régions du pays ont pu négocier les conditions de l'exploitation des richesses de leurs terres. Plusieurs facteurs expliquent ce revirement et la lente émergence d'une gouvernance partagée du territoire. Sur le plan international, la période de l'après-guerre est caractérisée par le mouvement pour la décolonisation et l'importance grandissante des droits de la personne, deux courants de pensée qui jettent un éclairage nouveau sur le traitement réservé par le Canada à sa population autochtone. Sur la scène canadienne, les tribunaux dépoussièrent le concept de droits ancestraux et mettent ainsi en doute la capacité des provinces de réaliser des projets d'envergure sur des terres qui n'ont pas fait l'objet d'une entente avec les autochtones. C'est d'ailleurs le « jugement Malouf », une injonction interdisant la poursuite des travaux de construction du complexe hydroélectrique La Grande, qui a motivé l'État québécois à conclure un nouveau partage du territoire qui s'est traduit par la Convention de la Baie James et du Nord québécois.

Cette Convention, conclue en 1975, a servi de modèle à des accords semblables conclus ailleurs au Canada. En ce qui a trait au territoire, la Convention a créé trois catégories de terres : les terres de catégorie I, qui appartiennent en exclusivité aux autochtones, les terres de catégorie II, qui appartiennent à l'État, mais sur lesquelles les autochtones ont des droits exclusifs de chasse et de pêche, et les terres de catégorie III, qui font partie du domaine public et qui constituent environ 85 % du territoire visé par la Convention. Quant à cette dernière catégorie de terres, la Convention établit un nouveau modèle de gouvernance partagée. En effet, la Convention assujettit l'exercice des compétences étatiques sur les terres publiques à d'importantes limites qui visent à assurer aux Cris et aux Inuit un rôle actif dans la gouvernance du territoire. Premièrement, tout projet de développement d'importance est assujetti à une procédure d'évaluation des impacts environnementaux et sociaux au sein duquel les autochtones et les représentants de l'État occupent des positions égales. Cela signifie, en pratique, que le développement des ressources naturelles doit tenir compte des valeurs autochtones, de la préservation du mode de vie traditionnel et du partage des bénéfices du développement. C'est d'ailleurs en raison d'un rapport très négatif du comité d'évaluation environnementale créé en vertu de la Convention que l'État québécois a choisi d'abandonner le projet Grande-Baleine. Deuxièmement, la Convention met sur pied un comité conjoint de gestion des ressources fauniques. Ce comité est appelé à faire des recommandations au gouvernement sur des questions comme l'ouverture de certaines régions à certains types de chasse, les quotas de chasse ou de pêche, etc. (Scott et Webber 2001; Rodon 2003). Troisièmement, en vertu d'une entente conclue en 2002 et connue sous le nom de « Paix des Braves », un régime de cogestion des ressources forestières a été mis sur pied, impliquant les Cris à chaque étape du processus de décision en matière d'exploitation de la forêt. Le point commun de ces régimes, c'est qu'ils s'appliquent à l'ensemble du domaine public, remettant ainsi en cause les fondements de la gouvernance du territoire selon le modèle étatique : celle-ci n'est plus unitaire, les décisions ne se prennent plus uniquement à Montréal ou à Québec et n'obéissent pas uniquement à des impératifs scientifiques, mais peuvent incorporer le savoir autochtone. Surtout, l'État ne peut plus prétendre représenter l'intérêt indifférencié de l'ensemble de la population. Les droits et les intérêts des autochtones constituent maintenant une variable incontournable à laquelle l'État doit accorder une attention particulière.

C'est principalement dans les territoires sous juridiction fédérale (Yukon, T.N.-O. et Nunavut) que le modèle de la Convention de la Baie James a été suivi, avec son système de gouvernance territoriale partagée. Par contre, au Québec, le modèle conçu pour la partie septentrionale du territoire n'a pas encore été transposé dans le Sud. À cet égard, le géographe Louis-Edmond Hamelin (2005) souligne la dualité entre le Nord et le Sud du Québec, le Nord pouvant même, à certains égards, être considéré comme une colonie du Sud. Or, les aménagements territoriaux du Nord, où la majorité de la population est autochtone, font face à une résistance considérable dans le Sud, comme en témoignent les réactions souvent crispées des non-autochtones du Saguenay-Lac-Saint-Jean et de la Côte Nord au projet d'entente avec les Innus. Ce qui est bon pour la colonie ne l'est pas nécessairement pour la métropole. On pourrait aussi dire que le modèle de gouvernance partagée, bien établi dans le Nord, n'a pas réussi à s'implanter dans le Sud.

La situation du Québec, à cet égard, n'est pas unique. La plupart des autres provinces ont généralement tenté de nier l'existence de droits fonciers autochtones ou ont tenté de limiter ceux-ci aux droits de chasse et de pêche reconnus par les traités de cession de territoire conclus au XIX^e et au début du XX^e siècle. En termes de gouvernance territoriale, les provinces ont tenté de perpétuer le modèle étatique, qui exclut la participation autochtone à la prise de décisions. Bien que certaines décisions rendues par la Cour suprême au cours des années 1990 aient graduellement fragilisé la position des provinces en reconnaissant des droits fonciers autochtones en Colombie-Britannique et au Québec, le cadre d'analyse employé par la Cour pour statuer sur de tels dossiers conduisait à tenir des méga-procès extrêmement longs et coûteux, hors de la portée de la plupart des communautés autochtones.

Or, une décision de la Cour suprême du Canada rendue en 2004, l'arrêt *Nation haïda*, a considérablement changé la donne (Isaac et Knox 2003; Mainville 2006; Treacy 2007). Dans cette affaire, la Cour suprême a jugé que les gouvernements avaient l'obligation de consulter et d'accommoder les autochtones avant d'autoriser tout projet d'exploitation des ressources naturelles de leur territoire, dès qu'il était vraisemblable que ceux-ci possèdent un droit ancestral, ce qui est notamment le cas en Colombie-Britannique et dans le sud du Québec. L'année suivante, dans l'arrêt *Mikisew*, la Cour a statué qu'une obligation semblable s'appliquait aux terres visées par des traités de cession territoriale, c'est-à-dire, en gros, aux provinces de

l'Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba et de l'Ontario. Depuis quatre ans, les tribunaux de première instance ont statué que les gouvernements avaient une obligation de consulter les autochtones avant d'autoriser des projets aussi divers que l'exploration ou l'exploitation minière, l'octroi de concessions forestières, la construction de routes, le projet de gazoduc de la vallée du Mackenzie, la vente de terres publiques ou la construction d'un port. Au Québec, on a récemment vu certains groupes autochtones exiger d'être consultés au sujet du projet de port méthanier Rabaska ou de la construction de l'autoroute 30.

Que signifie concrètement cette obligation de consulter? Dans la plupart des cas, le gouvernement doit non seulement solliciter l'avis des autochtones, mais aussi tenir réellement compte des préoccupations que ceux-ci expriment. Ainsi, dans l'arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême a affirmé que, dans les cas où un projet pouvait avoir des répercussions importantes sur les droits des autochtones, l'obligation de consulter pouvait se traduire par « la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision » (*Nation haïda*, par. 44). Dans certains cas, l'obligation de consulter peut se transformer en obligation d'accommoder les autochtones, par exemple en modifiant le projet pour empêcher que des dommages irréversibles ne soient causés.

L'obligation de consulter les autochtones s'ajoute aux processus réglementaires existants d'approbation des projets d'exploitation des ressources naturelles. Par exemple, la Cour fédérale a jugé que le processus d'évaluation combiné mis en place pour analyser le projet de gazoduc de la vallée du Mackenzie ne satisfaisait pas l'obligation de consulter certains groupes autochtones (décision *Dene Tah'*). Le fait qu'un projet soit assujéti aux lois sur l'évaluation environnementale ou qu'il soit examiné par le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) n'écarte pas l'obligation de consulter (arrêt *Mikisew*; décisions *Huu-Ay-Aht*, *Little Salmon/Carmacks*, *Squamish*). Ce n'est que lorsqu'un processus d'évaluation environnementale existant permet d'analyser en profondeur les répercussions d'un projet sur les droits des autochtones qu'il sera jugé suffisant pour décharger l'État de son obligation de consulter (arrêt *Taku River*). L'État ne peut donc se contenter de lancer un processus de consultation visant l'ensemble de la population de manière indifférenciée; il doit plutôt porter une attention

particulière aux répercussions sur les autochtones. L'aspect unitaire de la conception étatique de la gouvernance du territoire se trouve ainsi battu en brèche : en quelque sorte, l'État doit maintenant traiter « de nation à nation » avec les autochtones.

On ne saurait sous-estimer les répercussions de l'arrêt *Nation haïda*. Par sa décision, la Cour suprême a généralisé le modèle de gouvernance territoriale partagée développé dans la Convention de la Baie James, puis dans les traités subséquemment conclus dans les territoires fédéraux. Les provinces ne peuvent plus, s'autorisant d'une conception unitaire de l'intérêt public, gérer le territoire sans tenir compte de la spécificité autochtone. Plusieurs d'entre elles ont commencé à développer un cadre de référence pour les fonctionnaires appelés à mettre en œuvre l'obligation de consulter. En Ontario, l'incompatibilité entre l'obligation de consulter et la législation minière, soulignée dans un jugement récent de la Cour d'appel (arrêt *Frontenac Ventures*), a conduit les décideurs politiques à envisager une révision en profondeur de la loi. Cependant, il reste beaucoup de chemin à faire et les décisions rendues par les tribunaux de première instance depuis 2004 illustrent la difficulté à s'adapter à la nouvelle donne.

Sur le plan des conceptions de la gouvernance territoriale, l'arrêt *Nation haïda* conduit à la mise au rancart de la vision étatique voulant que le territoire appartienne à l'ensemble de la population, représentée par le gouvernement. L'obligation de consulter et d'accommoder force l'État à partager son pouvoir décisionnel et à accorder une voix particulière aux autochtones. Il s'agit donc d'un exemple frappant de gouvernance à plusieurs paliers. La position de négociation des autochtones dans un tel système est d'autant plus forte que l'arrêt *Nation haïda* force les provinces à admettre qu'il existe un autre ensemble de droits territoriaux que ceux qui découlent d'une concession de l'autorité publique. À cet égard, Walters (2006 : 513-517) affirme même que la Cour suprême a reconnu que la souveraineté canadienne sur le territoire demeurait incomplète jusqu'à ce qu'un accord ait été conclu avec les peuples autochtones, même si d'autres auteurs se montrent plus sceptiques quant aux effets concrets de l'arrêt *Nation haïda* (Christie 2006) ou d'accords de cogestion comme la Paix des Braves (Mulrennan et Scott 2005; Lathoud 2005). Il est néanmoins évident que l'occupation antérieure du territoire par les autochtones est plus que jamais un élément incontournable pour comprendre le territoire.

De surcroît, le statut juridique de cette obligation constitue un atout majeur des peuples autochtones dans les négociations caractéristiques de la gouvernance à plusieurs paliers. En effet, droits ancestraux et les traités modernes (comme la Convention de la Baie James) sont protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela signifie que l'État ne peut pas les ignorer, même en adoptant une loi en sens contraire. S'il le fait, il s'expose à être poursuivi devant les tribunaux. Par exemple, un des éléments qui ont précipité la négociation de la Paix des Braves est un jugement de la Cour supérieure qui, même s'il a ultérieurement été renversé en appel, concluait que la *Loi sur les forêts* ne respectait pas la Convention de la Baie James. L'obligation de consulter établie dans l'arrêt *Nation haïda* possède également une force constitutionnelle. Par conséquent, les tribunaux peuvent rappeler le gouvernement à l'ordre s'il autorise un projet d'exploitation des ressources naturelles sans consulter les autochtones. Il est donc évident que les autochtones jouissent d'un atout juridique important dans toute négociation sur les processus de gouvernance du territoire.

3. Les autochtones face à l'émergence d'une gouvernance régionale

Le partage de la gouvernance avec les autochtones n'est pas le seul axe de remise en question de la conception étatique de la gouvernance évoquée au début du présent texte. Depuis quelques années, l'État québécois s'est formellement engagé dans un processus de régionalisation qui vise à redonner aux régions un pouvoir véritable, notamment en matière de gestion des ressources naturelles. En effet, les habitants des régions ressentent souvent une certaine aliénation face à la gestion technocratique du territoire par un gouvernement et des entreprises privées dont les centres décisionnels sont situés dans les grandes villes. Il convient donc de comparer ces deux conceptions émergentes de la gouvernance du territoire et de vérifier laquelle offre le plus de garanties aux autochtones.

La stratégie adoptée par l'État québécois comporte plusieurs volets. Elle consiste d'abord à mettre sur pied des « Conférences régionales des élus » (CRÉ) qui regroupent les préfets des municipalités régionales de comté (MRC) et les maires de certaines municipalités locales de la région concernée³. Les CRÉ ont un rôle principalement consultatif, notamment celui de préparer un plan quinquennal de développement de leur région. Ce plan n'a cependant

³ *Loi sur le ministère des Affaires municipales et des Régions*, L.R.Q., c. M-22.1, art. 21.5 et suiv.

aucune valeur contraignante, contrairement aux schémas d'aménagement des MRC et aux règlements de zonage des municipalités locales. La mise en œuvre de ce plan dépend essentiellement du bon vouloir des autorités investies de pouvoirs décisionnels. De plus, les CRÉ ne possèdent aucun pouvoir fiscal et aucun revenu propre. Ce n'est qu'à la suite d'ententes avec les ministères concernés que les CRÉ peuvent aussi assumer la prestation de certains services gouvernementaux. Enfin, les CRÉ ne possèdent aucune légitimité démocratique dépassant celle des élus municipaux qui composent leur conseil.

En matière de ressources naturelles, le gouvernement a demandé aux CRÉ de lui proposer la mise sur pied de Commissions régionales sur les ressources naturelles et le territoire (CRRNT). Encore une fois, ces Commissions possèdent un rôle essentiellement consultatif. Elles se voient offrir la maîtrise d'œuvre de la réalisation de plans régionaux de développement intégré des ressources naturelles et du territoire (PRDIRT), censés énoncer des objectifs généraux relatifs à des enjeux de gouvernance territoriale comme la faune, la foresterie, les usages récréatifs du territoire, la production d'énergie électrique ou les mines.

De plus, le gouvernement québécois a mis sur pied un programme de régionalisation de certains de ses ministères, dont le ministère des Ressources naturelles et de la faune (MRNF). Cela signifie que des directions générales en région sont appelées à remplacer des directions générales établies en fonction d'une spécialisation (ex. : faune, forêt, mines, etc.). On espère ainsi que la prise de décisions concernant la gestion du territoire soit l'œuvre de fonctionnaires établis dans la région, ceux-ci étant présumés plus sensibles aux intérêts régionaux.

Il ne nous appartient pas d'évaluer si ce programme de régionalisation satisfait les attentes des régions. Nous nous contenterons de souligner que ce programme maintient l'ascendant de l'État québécois sur la gestion du territoire. Celle-ci n'est plus unitaire; elle devient « pyramidale », c'est-à-dire que l'État central délègue certains pouvoirs à ses fonctionnaires installés en région ou à des instances composés d'élus locaux, mais se réserve dans tous les cas le pouvoir d'imposer une décision lorsqu'il en va de l'intérêt « supérieur » du Québec. On notera, à cet égard, que la production d'électricité par Hydro-Québec ne fait pas partie des sujets délégués aux instances régionales.

À cet égard, que peuvent retirer les autochtones de cette régionalisation de la gouvernance territoriale? S'agit-il simplement d'un clone de la gouvernance partagée développée depuis trente ans? Ou bien s'agit-il d'une conception fondamentalement différente? Le refus de la plupart des communautés autochtones du Québec de participer au système de gouvernance régionalisée incarné par les CRÉ invite à la prudence. Qu'est-ce qui explique ce quasi-boycott?

Le mécanisme des CRÉ (et des CRRNT qui en dépendent) laisse très peu de place aux autochtones. La loi prévoit que les CRÉ doivent compter un membre autochtone pour représenter chaque nation autochtone présente sur le territoire de la région. Par exemple, la CRÉ de l'Abitibi-Témiscamingue comporte un seul siège anishnabe sur un total de 20 membres⁴, alors que celle de la Côte-Nord comporte un siège innu et un siège naskapi sur un total de 21 membres⁵. Cette proportion reflète simplement le poids démographique de la population autochtone au sein de ces deux régions. En plus, le découpage en régions administratives ne correspond pas aux différentes nations autochtones (par exemple, on retrouve des Anishnabes en Abitibi-Témiscamingue et en Outaouais), ce qui perpétue les divisions entre les différentes communautés locales. En clair, cela signifie que les autochtones n'ont que très peu de chances d'influer sur les décisions prises par les CRÉ lorsque les intérêts des autochtones s'opposent à ceux du reste de la population. Cette marginalisation n'est pas seulement numérique; sur le plan des logiques de gouvernance, le mécanisme des CRÉ assimile les peuples autochtones à des municipalités locales. Les droits particuliers et le statut spécial des peuples autochtones, reconnus par le modèle de gouvernance partagée, se retrouvent noyés dans une structure dont la mission se limite à la consultation et à la concertation entre les partenaires « locaux ». Nous avons évoqué plus haut le remplacement de l'aspect unitaire de la gouvernance par une relation de type « pyramidal », l'État se trouvant au sommet et les acteurs locaux à la base, dans une position subordonnée. Dans cette structure, les communautés autochtones se trouvent elles aussi à la base, et y occupent au surplus une position très minoritaire. Le contraste est frappant avec la gouvernance partagée, où des relations « de nation à nation » s'établissent entre l'État et les autochtones.

⁴ <http://www.conferenceregionale.ca/membres.htm>, consulté le 23 juin 2008.

⁵ <http://www.crecotenord.qc.ca/content/view/17/47/>, consulté le 23 juin 2008.

Sur le plan du droit, le système de gouvernance régionalisée que l'État québécois est en train de mettre sur pied ne procure que peu d'avantages juridiques aux acteurs régionaux. Comme on l'a vu, les CRÉ sont dépourvues de tout pouvoir normatif ou fiscal. Les compétences fondamentales en matière de gestion du territoire, comme l'attribution de permis de coupe, la détermination des quotas de chasse et l'évaluation environnementale de projets, relèveront toujours du gouvernement. Les fonctionnaires établis dans les régions obéiront toujours à leurs patrons à Québec. Enfin, les plans de développement élaborés par les CRÉ ou les CRRNT n'ont aucune force contraignante : si le gouvernement décidait de ne pas tenir compte des recommandations que lui fait une CRÉ, celle-ci ne dispose d'aucun moyen juridique pour forcer Québec à l'écouter. Cette situation est une conséquence directe de l'absence de statut constitutionnel des institutions municipales ou régionales : celles-ci sont considérées juridiquement comme des « créatures des provinces ».

De plus, la régionalisation de la gouvernance territoriale ne peut que susciter la méfiance chez les autochtones. Historiquement, la compétence sur les relations avec les autochtones a toujours été attribuée à l'échelon de gouvernement le plus éloigné des préoccupations locales, afin d'assurer la protection des autochtones (Grammond 2003 : 78-79). En effet, les gouvernements locaux sont présumés plus proches des intérêts des colons et des entreprises qui souhaitent exploiter les ressources du territoire. Ainsi, à l'époque de la colonie, le gouvernement impérial avait conservé le contrôle sur les affaires autochtones pendant plusieurs années après l'octroi du gouvernement responsable. Lors de la confédération, la compétence sur les autochtones a été attribuée à l'État fédéral, alors que celle sur les terres publiques a été donnée aux provinces. On espérait que l'État fédéral puisse agir comme protecteur des autochtones contre les provinces. Il est possible qu'un phénomène semblable soit à l'œuvre au sein même de l'État provincial. En raison de leur éloignement même des régions concernées, les organes centralisés du gouvernement du Québec peuvent davantage pondérer les intérêts des autochtones avec ceux des autres utilisateurs du territoire. Ce gouvernement possède d'ailleurs des institutions, comme le Secrétariat aux Affaires autochtones ou la Direction du droit autochtone du ministère de la Justice, qui peuvent sensibiliser les décideurs des autres ministères aux exigences de la gouvernance partagée. Cependant, on peut s'attendre à ce que des décideurs établis en région accordent une attention plus grande aux intérêts dominants de la région – et les

autochtones, rappelons-le, sont ici en position très minoritaire – et ne subissent pas l’influence des institutions gouvernementales centralisées censées défendre les intérêts des autochtones.

Enfin, la gouvernance régionalisée conserve une portée plutôt limitée. Elle ne procure aux autochtones aucune place déterminée dans la prise de décision sur les permis de coupe forestière ou l’autorisation des grands projets d’exploitation (mines, barrages, etc.), alors que ce sont ces activités qui sont susceptibles d’affecter le plus gravement le mode de vie autochtone. Rappelons qu’en Ontario, on songe à modifier la loi sur les mines pour y intégrer l’obligation de consulter les autochtones et que la Paix des Braves a eu pour effet de modifier le régime forestier québécois. Rien de tel dans la régionalisation offerte par Québec...

* * *

Les deux conceptions émergentes de la gouvernance du territoire qui cherchent à remplacer le modèle étatique peuvent être expliquées par la théorie de la gouvernance à plusieurs paliers. Cependant, le pouvoir des acteurs locaux dans les processus de négociation avec l’autorité centrale est considérablement plus marqué dans le cas de la gouvernance partagée avec les autochtones que dans le cas du projet de régionalisation du gouvernement du Québec. C’est précisément ce qui explique le refus des autochtones de participer à celui-ci. La mise en garde de Peters et Pierre (2005) se trouve donc validée : l’apparition de processus de gouvernance à plusieurs paliers ne garantit pas, en soi, une meilleure prise en considération des intérêts des régions périphériques. À cet égard, l’analyse qui précède a fait ressortir l’importance du rôle du droit, plus particulièrement d’une protection constitutionnelle, présente pour les peuples autochtones, mais absente pour les municipalités et les régions, afin d’assurer un rapport de force quelque peu favorable aux acteurs périphériques.

Bibliographie

Bache, Ian, et Matthew Flinders (sous la direction de) (2005). *Multi-level Governance*, Oxford, Oxford University Press, 237 p.

Bartlett, Richard H. (1984). *Indian Reserves in Quebec*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 44 p.

- Beaulieu, Jacqueline, Christiane Cantin et Maurice Ratelle (1989). « La Proclamation royale de 1763: le droit refait l'histoire », *Revue du Barreau*, vol. 49, p. 317.
- Chiasson, Guy, Caroline Andrew et Joanne Perron (2006). « Développement territorial et forêts : la création de nouveaux territoires forestiers en Abitibi et en Outaouais », *Recherches sociographiques*, vol. 47, n° 3, pp. 555-572.
- Chiasson, Guy, Jacques L. Boucher, Thibault Martin (2005). « La forêt plurielle : nouveau mode de gestion et d'utilisation de la forêt, le cas de la Forêt de l'Aigle », *Vertigo*, vol. 6, n° 2.
- Christie, Gordon (2006). « Developing Case Law: The Future of Consultation and Accommodation », *University of British Columbia Law Review*, vol. 39, p. 139.
- Dionne, Paul (1991). « Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec: vingt ans après », *Revue du Barreau*, vol. 51, p. 127.
- Dorion, Henri et Jean-Paul Lacasse (1974). « La notion d'intégrité territoriale et les problèmes des régions frontière du Québec », *Cahiers de géographie du Québec*, n° 43, p. 137.
- Gélinas, Claude (2007). *Les autochtones dans le Québec post-confédéral, 1867-1960*, Québec, Septentrion, 258 p.
- Grammond, Sébastien (2003). *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles et Montréal, Bruylant et Éd. Yvon Blais, 439 p.
- Grammond, Sébastien (2006). « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne* », *Revue du Barreau*, numéro hors série, pp. 295-319.
- Hamelin, Louis-Edmond (2005). « La dimension nordique de la géopolitique du Québec », *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 8, n° 1, pp. 17-36.
- Isaac, Thomas, et A. Knox (2003). « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People », *Alberta Law Review*, vol. 41, p. 49.
- Lacasse, Jean-Paul (2004). *Les Innus et le territoire: Innu Tipenitamun*. Québec, Septentrion.
- Lathoud, Françoise (2005). « Les enjeux de la participation des Cris de la Baie-James à l'exploitation des ressources forestières », *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 8, n° 1, p. 155.
- Lemieux, Vincent (1997). *La décentralisation*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 129 p.
- Mainville, Robert (2006). « Consultations autochtones et projets de développement », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, vol. 241, pp. 193-241.
- Mulrennan, M.E., et C.H. Scott (2005). « Co-management-An Attainable Partnership? : Two Cases from James Bay, Northern Quebec and Torres Strait, Northern Queensland », *Anthropologica*, n° 47, pp. 197-213.

Papillon, Martin (2007). « Aboriginal Governance in Neoliberal Times: New Political Space or Old Containment Strategy? », présentation au congrès annuel de l'Association canadienne de science politique.

Peters, B. Guy, et Jon Pierre (2001). « Developments in intergovernmental relations: towards multi-level governance », *Policy & Politics*, vol. 29, n° 2, pp. 131-135.

Peters, B. Guy, et Jon Pierre (2005), « Multi-level Governance and Democracy: A Faustian Bargain? », dans Bache, Ian, et Matthew Flinders (sous la direction de) (2005). *Multi-level Governance*, Oxford, Oxford University Press, pp. 75-89.

Rodon, Thierry (2003). *En partenariat avec l'État : les expériences de cogestion des Autochtones du Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 315 p.

Scott, Colin H., et Jeremy Webber (2001). « Conflicts between Cree Hunting and Sport Hunting: Co-Management Decision Making at James Bay », dans Scott, Colin H. (sous la direction de), *Aboriginal autonomy and development in northern Quebec and Labrador*, Vancouver, UBC Press.

Treacy, H., *et al.* (2007). « The Current State of the Law in Canada on Crown Obligations to Consult and Accommodate Aboriginal Interests in Resource Development », *Alberta Law Review*, vol. 44, p. 571.

Walters, Mark D. (2006). « The Morality of Aboriginal Rights », *Queen's Law Journal*, vol. 31, p. 470.

Jurisprudence:

Dene Tah' First Nation c. Canada (Minister of Environment), [2007] 1 C.N.L.R. 1 (C.F.); 2008 CAF 20.

Frontenac Ventures Corp. c. Ardoch Algonquin First Nation, 2008 ONCA 534.

Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests), 2005 BCSC 697.

Ka'a'Gee Tu First Nation c. Canada (P.G.), [2007] 4 C.N.L.R. 102 (C.F.).

Leighton c. Canada (Minister of Transport), [2007] 1 C.N.L.R. 195 (C.F.).

Little Salmon/Carmacks First Nation c. Yukon (Minister of Energy, Mines and Resources), [2007] 3 C.N.L.R. 42 (C.S.Y.).

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511.

Platinex Inc. c. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation, [2006] 4 C.N.L.R. 152 (C.S. Ont.); [2007] 3 C.N.L.R. 181 (C.S. Ont.).

Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien), [2005] 3 R.C.S. 388.

Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), [2004] 3 R.C.S. 550.

R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101.

R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139.

Squamish Indian Band c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management), [2005] 1 C.N.L.R. 347 (C.S.C.-B.).