

Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit

Geneviève Motard

Volume 65, Number 3, March 2020

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1075598ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1075598ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)

1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Motard, G. (2020). Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 65(3), 421–465. <https://doi.org/10.7202/1075598ar>

Article abstract

This article presents a study of the main characteristics (actors, values, principles, and rules) of the Quebec and Innu legal traditions with respect to their relationship to territory. This primarily descriptive study is followed by an analysis of the interactions that govern the two legal traditions. The article highlights the process of invalidation of the rules of Indigenous law effectuated by Quebec's law of public and private property, and land resources more generally.

It also highlights the few rules and mechanisms in Quebec law that, on the contrary, foster respect for the rules of the Innu legal tradition. Finally, the text proposes two avenues of Quebec law reform that would contribute to lessening infringements of Innu land rights. The first avenue proposes to make the Innu legal system visible, both on the territory and in Quebec laws. The second solution encourages eliminating the various forms of denial of Indigenous land rights that remain in Quebec law by bringing it into conformity with international and inter-American law.

REGARDS CROISÉS ENTRE LE DROIT INNU ET LE DROIT QUÉBÉCOIS : TERRITORIALITÉS EN CONFLIT

*Geneviève Motard**

Cet article propose une étude des principales caractéristiques (acteurs, valeurs, principes et règles) des ordres juridiques québécois et innu au regard de leur rapport au territoire. Cette étude, principalement descriptive, est suivie d'une analyse des interactions qui régissent les deux ordres juridiques. L'article met en exergue l'importance des processus d'invalidation des règles de droit autochtone par le droit québécois de la propriété publique et privée et des ressources de la terre plus généralement.

Il met également en lumière les quelques règles et processus du droit québécois qui favorisent au contraire le respect des règles issues de l'ordre juridique innu. L'article propose, finalement, deux avenues de réforme du droit québécois qui auraient le potentiel de contribuer à la cessation des atteintes aux droits fonciers des Innus. La première piste de solution propose de rendre visible sur le territoire et dans les lois québécoises l'ordre juridique innu. La seconde piste de solution se fonde sur l'idée suivant laquelle il importe de supprimer les différentes formes de négation des droits fonciers autochtones qui subsistent en droit québécois, en le rendant notamment conforme au droit international et interaméricain.

This article presents a study of the main characteristics (actors, values, principles, and rules) of the Quebec and Innu legal traditions with respect to their relationship to territory. This primarily descriptive study is followed by an analysis of the interactions that govern the two legal traditions. The article highlights the process of invalidation of the rules of Indigenous law effectuated by Quebec's law of public and private property, and land resources more generally.

It also highlights the few rules and mechanisms in Quebec law that, on the contrary, foster respect for the rules of the Innu legal tradition. Finally, the text proposes two avenues of Quebec law reform that would contribute to lessening infringements of Innu land rights. The first avenue proposes to make the Innu legal system visible, both on the territory and in Quebec laws. The second solution encourages eliminating the various forms of denial of Indigenous land rights that remain in Quebec law by bringing it into conformity with international and inter-American law.

* Professeure titulaire (Faculté de droit, Université Laval) et directrice du Centre interuniversitaire de recherches et d'études autochtones (CIÉRA). Je souhaite dédier ce texte à Madame Sylvie Vincent pour qui j'avais et j'aurai toujours la plus grande estime et qui a eu la générosité de partager avec moi une partie de ses connaissances des récits oraux innus. Je souhaite exprimer ma profonde gratitude au professeur Ghislain Otis pour ses commentaires judicieux sur une version préliminaire de ce texte et pour son invitation à participer au projet *legitimus*. Enfin, mes remerciements vont à toute l'équipe du projet *legitimus*, dont au premier chef le professeur Pierrot Ross-Tremblay, à mes auxiliaires de recherche (Arnaud Gingras-Tremblay, LL.M. Université Laval et Véronique Breton, candidate au doctorat, Université Laval), au comité éditorial de la *Revue* et aux évaluateurs anonymes. Une partie de la recherche a été réalisée lors d'un séjour au Ka Huli Ao Center for Excellence in Native Hawaiian Law, William S. Richardson School of Law, UH-Mānoa (Honolulu, Hawaï). Les travaux menant à cet article ont été financés par le Conseil de recherche en sciences humaines (CRSH).

Introduction	423
I. Le territoire, l'accès et la gestion des ressources : les perspectives des Droits québécois et innu	427
<i>A. Le territoire et ses ressources : perspective québécoise</i>	428
<i>B. Le territoire et ses ressources : perspective innue</i>	434
II. Le regard du droit québécois sur le droit innu en matière foncière : entre aveuglement (volontaire) et myopie	438
<i>A. L'analyse des interactions entre les Droits innu et québécois en matière d'accès et de gestion des ressources : le principe de l'invalidation générale du droit innu</i>	438
<i>B. Les points de contact entre les ordres juridiques innu et québécois : les exceptions au principe de l'invalidation du droit innu</i>	443
III. Quelques réflexions sur les réformes pouvant contribuer à la décolonisation du droit québécois	453
<i>A. L'espace innu doit être visible : dans les lois de l'État et sur le territoire</i>	453
<i>B. Une étape essentielle dans le processus de décolonisation : éliminer les formes de négation des droits en matière de propriété</i>	461
Conclusion	464

Introduction

Au Québec comme dans le reste du Canada, la construction et l'évolution du droit étatique se sont faites selon un certain nombre de théories impériales, historiquement peu nombreuses, reposant essentiellement sur le concept de « réception ». Au fondement de cette approche se trouve une fiction importante, laquelle a alimenté l'ignorance et l'invisibilité des ordres juridiques autochtones pourtant appliqués depuis fort longtemps dans les territoires canadiens en voie de colonisation. Tout d'abord, il convient de rappeler que le droit impérial britannique s'imposait *ex proprio vigore* dans les diverses colonies de l'Empire, entraînant l'application du droit constitutionnel, c'est-à-dire de la souveraineté britannique¹. Mais encore, s'agissant de l'application dans la colonie du droit privé anglais et de certaines règles de droit public, le droit impérial distinguait les colonies acquises par traité ou conquête et celles acquises par peuplement. Dans le premier cas, la métropole devait décider par un geste officiel (de l'exécutif ou du législatif) quel était le droit applicable dans la colonie². Cette situation est caractéristique du Québec où, par la *Proclamation royale de 1763*, le Roi Georges III avait pris une telle décision pour sa nouvelle colonie³. Dans les autres régions du Canada, on a considéré que le droit anglais s'appliquait par établissement sans qu'aucun acte officiel ne soit pourtant nécessaire⁴. Cela étant, indépendamment de la manière dont le territoire colonisé a été intégré dans l'Empire britannique, les ordres juridiques autoch-

¹ Voir Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éd étudiante révisée, Toronto, Thomson Reuters, 2011 aux pp 2-17 à 2-18.

² Voir par ex *Campbell v Hall* (1774), 1 Cowp 204 aux pp 209–10 (KB R-U), 98 ER 1045; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42 aux para 14–17 (le juge Wagner y rédige l'opinion majoritaire au nom de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Moldaver. L'opinion dissidente, rédigée par la juge Karakatsanis avec l'accord des juges LeBel et Abella, mentionne que la loi anglaise de 1731 a été reçue en droit provincial (voir *ibid* au para 69 et s)). Voir aussi *Mabo v Queensland (No 2)*, [1992] HCA 23 aux para 35–36 [*Mabo*] (l'opinion majoritaire rédigée par le juge Brennan mentionne que, l'Australie n'ayant jamais été, dans les faits, *terra nullius*, le droit local précolonial régissant les populations autochtones continue de trouver application); JE Cote, « The Reception of English Law » (1977) 15:1 Alta L Rev 29; Michael Asch, « From Terra Nullius to Affirmation: Reconciling Aboriginal Rights with the Canadian Constitution » (2002) 17:2 RCDS 23 aux pp 23–24; Geneviève Motard, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2013 [non publiée] aux pp 40–42.

³ George R, *Proclamation*, 7 octobre 1763 (3 Geo III), reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 1 aux pp 1–7 [*Proclamation royale de 1763*].

⁴ Voir Bradford W Morse, « Indigenous Law and the State Legal System: Conflict and Compatibility » dans Bradford W Morse et Gordon R Woodman, dir, *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris, 1988, 101 à la p 105 [Morse, « Indigenous Law »]. Pour en apprendre davantage sur la façon dont la common law a été établie tout en permettant la conservation d'un droit coutumier autochtone, voir *ibid* aux pp 106–07.

tones n'ont pas été reçus dans leur intégralité et leur généralité par le colonisateur britannique. Le droit innu n'a pas échappé à cette invalidation généralisée des ordres juridiques autochtones, laquelle s'est concrétisée — faut-il le rappeler — de manière irrégulière à travers le Canada. Reste que, sauf pour quelques éléments du droit privé, principalement en matière d'adoption et de mariage⁵, les règles de gouvernance foncière n'ont pas été reçues par les tribunaux ou les lois de l'État québécois ou canadien⁶. Cette invalidation générale explique — en partie bien sûr — les difficultés de coexistence, encore actuelles, qui sont au cœur des rapports entre les ordres juridiques autochtones et étatiques et la nécessité d'interroger le monopole affirmé de la production du droit par l'État⁷.

Cette contestation du monopole de l'État dans la production du droit est notamment mise en lumière par les approches plurales du droit⁸. Comme le signale Jean Carbonnier, ces approches sont nombreuses, puisqu'il « n'existe pas un pluralisme, mais des phénomènes de pluralisme, d'une extrême diversité »⁹. Parmi cette diversité d'approches, il est possible de distinguer entre les analyses plurales du droit fondées sur l'étude des pratiques normatives des acteurs (*pluralisme empirique*) et celles fondées

⁵ Voir par ex *Connolly v Woolrich* (1867), 17 RJRQ 75, 1 CNLC 70 (CS), conf par (1869) 17 RJRQ 266, 1 CNLC 151 (CA); *Kitchooalik v Tucktoo* (1972), 28 DLR (3^e) 483, [1972] NWTJ No 23 (TN-O CA); *Re Beaulieu's Adoption Petition* (1969), 3 DLR (3^e) 479, [1969] NWTJ No 4 (TN-O Terr Ct); *Re Adoption of Katie* (1961), 32 DLR (2^e) 686, [1961] NWTJ No 2 (TN-O Terr Ct); *Casimel v Insurance Corp of British Columbia* (1993), 106 DLR (4^e) 720, [1994] 2 CNLR 22 (BC CA); *Casimel v Insurance Corp of British Columbia* (1991), [1992] 1 CNLR 84, 1991 CanLII 2273 (BC SC); *Michell v Dennis and Dennis* (1983), [1984] 2 CNLR 91, 1983 CanLII 670 (BC SC). Les tribunaux de première instance dans les affaires *Casimel* et *Michell* avaient conclu que l'adoption coutumière ne permettait pas aux parents adoptifs d'être qualifiés de « parents » par les lois de l'État. Plus récemment, voir l'affaire *Adoption — 1212*, 2012 QCCQ 2873 aux para 505–06, dans laquelle le tribunal conclut que l'adoption n'a pas été réalisée conformément au droit coutumier cri. Voir notamment Bradford W Morse, « Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System » (1980) 8:2 Am Indian L Rev 199; Morse, « Indigenous Law », *supra* note 4 aux pp 105–09; Norman K Zlotkin, « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada: Selected Marriage and Adoption Cases » (1984) 4 CNLR 1.

⁶ Voir toutefois *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 au para 35 [*Nation Tsilhqot'in*].

⁷ Voir Geneviève Motard et Mathieu-Joffre Lainé, « Prendre le droit autochtone au sérieux : entretien avec Hadley Louise Friedland » (2016) 40:2 Anthropologie & Soc 195 aux pp 195–97 [Motard et Lainé, « Entretien »].

⁸ Voir Denis Alland et Stéphane Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, *sub verbo* « pluralisme juridique » aux pp 1158–59.

⁹ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978 à la p 210. Voir aussi Brian Z Tamanaha, « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global » (2008) 30:3 Sydney L Rev 375; Franz von Benda-Beckmann, « Who's Afraid of Legal Pluralism? » (2002) 34:47 J Leg Pluralism & Unofficial L 37; John Griffiths, « What Is Legal Pluralism? » (1986) 18:24 J Leg Pluralism & Unofficial L 1.

sur l'étude des interactions entre les normes formelles du droit (*pluralisme normatif*)¹⁰. Ce pluralisme normatif, auquel nous avons eu recours pour cette étude, nous permettra d'analyser et de critiquer les textes formels de lois étatiques eu égard aux rapports qu'elles entretiennent avec le droit innu en vue d'en proposer des réformes¹¹.

En effet, il convient sans doute ici de préciser que nos travaux cherchent à proposer des moyens de dépasser les rapports inégalitaires entre l'État et les peuples autochtones qui transparaissent dans les relations entre les ordres juridiques étatiques et autochtones – comme nous le verrons dans la partie II de ce texte. Dans un entretien publié dans la revue *Anthropologie et Sociétés*, Hadley L. Friedland estime, à notre avis avec raison, que le principal enjeu derrière la revalorisation des traditions juridiques autochtones est de combler « l'absence radicale », soit cette manière qu'a le droit étatique de supposer que les traditions juridiques sont des « non-objets », « c'est-à-dire des objets dont l'étude serait impossible, impensable ou inutile »¹². L'étude des interactions entre les droits québécois et innu cherche donc notamment à combler cette absence radicale en se basant sur le postulat selon lequel l'ordre juridique innu – et ses règles en matière d'accès et de gestion du territoire – existe, qu'il est vivant, légal, légitime, effectif et qu'il interagit avec le droit québécois.

Cette manière de repenser les traditions juridiques autochtones contribue, à notre sens, au processus de décolonisation du droit. Ce processus passe avant tout par l'évolution des mentalités du colonisateur et du colonisé. En ce qui concerne la décolonisation du droit étatique et des manières de penser des juristes qui en sont les acteurs principaux, il nous semble essentiel que ces derniers aient conscience que les ordres juridiques autochtones (et pas seulement les cultures) sont vivants, malgré la colonisation, les rapports hégémoniques, la violence et les diverses formes que prend le racisme systémique. Le processus de décolonisation en est un qui, puisqu'il s'agit de l'État, demeurera probablement incomplet et inachevé. La décolonisation du droit québécois nécessite, comme dans les autres États fondés sur la colonisation, d'importantes remises en cause, notamment celle de l'affirmation du monopole de l'État sur : (1) la souveraineté et l'espace constitutionnel, (2) la production du droit, (3) la propriété du terri-

¹⁰ Voir Emmanuelle Piccoli, Geneviève Motard et Christoph Eberhard, « Présentation : les vies du pluralisme, entre l'anthropologie et le droit » (2016) 40:2 *Anthropologie & Soc* 9 à la p 15.

¹¹ L'analyse plurale des interactions entre les normes formelles du droit offre en effet une perspective intéressante pour étudier les relations entre les cultures juridiques dans des situations postcoloniales (voir Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 9 aux pp 13–15 [Otis, « Figures »]).

¹² Motard et Lainé, « Entretien », *supra* note 7 à la p 199.

toire. En ayant bien conscience des limites auxquelles se bute nécessairement toute proposition de réforme du droit, nous avons tenté de dégager certaines pistes de solution qui contribueraient à la décolonisation du droit québécois, et plus particulièrement de son cadre législatif.

Dans ce texte, nous présentons les résultats d'une analyse des interactions entre le droit innu — tel qu'il se dégage principalement de récits oraux recueillis entre les années 1970 et 2000 par l'anthropologue Sylvie Vincent et de la doctrine¹³ — et le droit québécois (excluant le droit fédéral) se rapportant à l'accès et la gestion du territoire. Du fait des sources primaires limitées recensées pour « cerner » les principales caractéristiques de ces deux ordres juridiques, cette étude ne prétend pas être exhaustive. Les conclusions se rapportant à la description des ordres juridiques doivent également être lues en gardant à l'esprit l'ensemble des nuances et exceptions qui caractérisent chaque ordre juridique, de manière à éviter toute forme d'essentialisation du Droit, entendu comme phénomène universel de la reproduction de la société¹⁴. Cette analyse est également limitée du fait qu'elle n'avait pas pour objectif de mesurer l'effectivité du droit innu ni du droit québécois.

Pour réfléchir aux interactions entre le droit québécois et le droit innu, nous avons d'abord dégagé de chacun des ordres juridiques leurs valeurs, leurs principes, leurs règles, leurs processus décisionnels et les acteurs du droit¹⁵. Or, il appert que, à l'exception du régime de la *Loi sur les Indiens*¹⁶, les sources normatives innues se trouvent notamment dans les récits et la pratique, tandis que la principale source de droit québécois est la législation et son interprétation par le judiciaire et la doctrine. Par la suite, nous

¹³ Pour des précisions concernant la méthodologie retenue, voir Pierrot Ross-Tremblay, Geneviève Motard et Sylvie Vincent, « Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives du droit innu et du droit étatique québécois » (15 mai 2015), rapport de recherche dans le cadre du projet *État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité* aux pp 6–9, en ligne (pdf) : *Legitimus* <legitimus.ca> [perma.cc/CFM9-6UH6] (les parties 1 et 2 de ce texte sont issues de ce rapport de recherche, ainsi qu'en partie du rapport suivant, complété le 16 octobre 2016).

¹⁴ Comme l'expliquait Alain Bissonnette il y a déjà plusieurs années, « [p]our qui s'intéresse à la diversité culturelle, il convient d'éviter le défaut de certains juristes qui prennent leur propre système pour référent et ainsi ramènent l'observation de l'autre à des critères qui sont valides dans leur propre culture mais qui n'offrent aucune garantie de généralité et d'universalité » (Alain Bissonnette, « Un regard d'anthropologue sur le dialogue entre les traditions juridiques notamment en matière de rapports au territoire » dans Myriam Jézéquel, dir, *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 191 aux pp 194–95).

¹⁵ Ce travail a d'abord été réalisé par une équipe de chercheurs dont les résultats ont été diffusés dans un rapport de recherche en 2015 (Ross-Tremblay, Motard et Vincent, *supra* note 13). L'analyse du droit innu a été réalisée par l'anthropologue Sylvie Vincent (*ibid*). La sous-section B de la Partie I de ce texte rend compte des conclusions de ce rapport auxquelles ont été ajoutées nos propres recherches doctrinales.

¹⁶ LRC 1985, c I-5.

avons analysé la nature des rapports entretenus entre les ordres juridiques en retenant différentes possibilités théoriques (par exemple l'ignorance, la coordination, l'hégémonie) — lesquelles peuvent découler des rapports entre les valeurs, les acteurs, les règles ou d'autres éléments caractéristiques. Enfin, nous avons réfléchi à certaines propositions de réformes du droit étatique à partir de différents modèles d'interaction plus égalitaires.

En somme, le texte qui suit sera divisé en trois parties. Dans une première partie (partie I), nous explorerons les perspectives juridiques innue et québécoise à l'égard du territoire. Dans une deuxième partie (partie II), nous analyserons les interactions entre ces ordres juridiques, ce qui nous mènera, dans une dernière partie (partie III) à proposer quelques réflexions sur de possibles réformes du droit étatique.

I. Le territoire, l'accès et la gestion des ressources : les perspectives des Droits québécois et innu

Examiner les interactions entre les ordres juridiques nécessite, d'abord et avant tout, une incursion dans les concepts qui leur sont sous-jacents. Au cœur de notre réflexion se trouve le concept cardinal de territoire. Or, ce concept¹⁷, qu'il soit appréhendé par le droit, les sciences sociales ou les sciences humaines, répond à des définitions diverses¹⁸. Appréhendé par différentes disciplines scientifiques, le territoire peut tour à tour être qualifié de « vécu », « virtuel », « politique » ou « imaginé »¹⁹. Pour certains, penser au territoire, ce sera imaginer un paysage, un environnement, un milieu de vie. Pour d'autres, ce sera estimer le potentiel économique et envisager le développement industriel ou énergétique des ressources naturelles. Il va de soi que la perception du territoire pourra comprendre ces deux approches, le territoire pouvant être à la fois milieu de vie et source de subsistance ou d'enrichissement personnel. Mais encore, le territoire comporterait une dimension identitaire et psychologique indéniable²⁰.

¹⁷ Voir Motard, *supra* note 2 aux pp 82–88.

¹⁸ Voir par ex Henri Dorion et Jean-Paul Lacasse, *Le Québec : territoire incertain*, Québec, Septentrion, 2011 aux pp 26–29.

¹⁹ Voir *ibid* aux pp 26–27.

²⁰ Voir Andrea Brighenti, « On Territory as Relationship and Law as Territory » (2006) 21:2 RCDS 65. D'après cette auteure, le territoire n'est pas seulement un espace. En effet, selon l'approche éthologique du concept de territoire, celui-ci est défini par le rapport que les animaux et les humains entretiennent avec lui :

Territorial animals are endowed with territoriality, which we may think of as a habitus of action and, above all, of reaction. Territoriality does not manifest itself as a constantly visible behaviour. It can be latent until a conspecific (a member of the same species) displaying a type of behaviour that is considered

Certes, le concept de territoire évolue avec le temps et s'appréhende différemment en fonction des cultures. Néanmoins, selon Dorion et Lacasse, le « dénominateur commun [des différentes définitions] réside en cela que le territoire se dit d'un espace terrestre (mais aussi maritime) avec lequel une communauté humaine ou un État entretient un faisceau de relations »²¹. Les relations ou rapports des acteurs au territoire s'expriment dans l'idée de territorialité. Or, « [c]omme ce rapport est subjectif, la convergence de plusieurs territorialités est source de conflits et de rivalités »²².

Dans les deux prochaines sections, nous aborderons les perspectives québécoise (section A) et innue (section B) des rapports au territoire et aux ressources, telles qu'elles se dégagent de leurs ordres juridiques respectifs.

A. *Le territoire et ses ressources : perspective québécoise*

Dans les traditions politiques et juridiques occidentales, du moins depuis les Traités de Westphalie, le territoire est le support de l'autorité politique et est de ce fait intimement lié à l'idée de souveraineté²³. Au Québec, cela s'illustre dans les différentes lois de nature constitutionnelle qui imposent l'application du pouvoir public sur l'ensemble du territoire. Le principe de souveraineté, entendu comme le contrôle *exclusif* de la population et du territoire, est le fondement de l'ordonnement étatique québécois et canadien. Si le territoire est intrinsèquement lié à la notion de souveraineté, il supporte également l'ensemble de la construction étatique de l'accès et

intrusive makes its appearance. In short, territoriality is virtual: it is a disposition to act—or better, react—according to given patterns (generally, aggressive/defensive patterns) under given circumstances (ibid à la p 67).

Le territoire est alors intimement lié à sa fonction, par exemple la défense ou le contrôle (voir *ibid* à la p 68). Cette conception du territoire s'oppose essentiellement à celle de Robert David Sack, qui conçoit plutôt le territoire comme une stratégie de pouvoir (voir *ibid* à la p 69). Pour distinguer le territoire (virtuel) du « *home range* », ce dernier étant lié au vécu, à l'expérience et aux liens entre le territoire et l'identité individuelle, voir *ibid* aux pp 68–69, 72–73.

²¹ Dorion et Lacasse, *supra* note 18 à la p 26.

²² Alexandre Brun et al, « Le Plan Nord : enjeux géopolitiques actuels au regard des “Plans Nord” passés » (2017) 58:2 *Recherches sociographiques* 297 à la p 301.

²³ Voir Geneviève Nootens, *Désenclaver la démocratie : des huguenots à la paix des Braves*, Montréal, Québec Amérique, 2004 aux pp 36–37. Cette équation du politique et du territoire est une idée somme toute récente et culturellement déterminée. En ce sens, la fonction du territoire est liée au développement de l'État-nation et est culturellement définie : « [l]e contrôle territorial caractéristique de l'État national constitue, tout comme cet État lui-même, une forme historique et culturelle particulière, distincte du lien établi par la Cité (qui fragmente les espaces), l'Empire (dont la logique est l'expansion) et la féodalité (où le lien d'allégeance est avant tout personnel) » (*ibid* à la p 33).

de la gestion des ressources de la terre²⁴. Au cœur de cette organisation spatiale se trouve, au Québec, le concept de propriété. La propriété peut être soit privée, soit publique. Dans les deux cas, le concept de propriété tire sa source de la souveraineté de l'État sur son territoire²⁵. Nous nous tournons ici vers la conception et l'organisation du territoire, de l'accès et de la gestion des terres et des ressources étant prévues dans les lois étatiques pour en faire ressortir la compréhension qu'a le législateur québécois — garant des choix démocratiques des Québécois — de son territoire et de ses ressources.

D'emblée, une des caractéristiques mises en lumière par notre étude du droit québécois est le fait que le territoire, la terre et ses ressources font tous l'objet de découpages ou de compartimentations. Ces découpages portent sur l'espace en soi (par exemple, la délimitation de l'espace terrestre par des frontières fixes entre les États ou les entités fédérées, ou encore les délimitations fixes des espaces grevés par des titres de propriété individuelle ou collective)²⁶, ou sont d'un ordre conceptuel (par exemple, la distinction entre terre et ressources, entre la surface et le tréfonds, entre l'environnement (« le milieu naturel ») et ses composantes exploitables dans une économie de marché, entre l'humain et son milieu de vie). Ces découpages spatiaux et conceptuels se reflètent également dans les modalités

²⁴ « Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles [...] est un corollaire nécessaire du principe de la souveraineté territoriale » (Jean-Maurice Arbour, Sophie Lavallée et Hélène Trudeau, *Droit international de l'environnement*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2012 à la p 108). Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a été consacré par de multiples résolutions des Nations Unies (voir notamment *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés AG 1514 (XV), Doc off AG NU, 15^e sess, supp n° 16, Doc NU A/4684 (1960) 70 à la p 70; *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés AG 1803 (XVII), Doc off AG NU, 17^e sess, supp n° 17, Doc NU A/5217 (1962) 15 à la p 15; *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés AG 3281 (XXIX), Doc off AG NU, 29^e sess, supp n° 31, Doc NU A/9631 (1974) 54 à la p 54; *Déclaration sur le droit au développement*, Rés AG 41/128, Doc off AG NU, 41^e sess, supp n° 53, Doc NU A/41/53 (1986) 196 à la p 196). Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a par ailleurs acquis le statut de droit général coutumier (voir Arbour, Lavallée et Trudeau, *supra* note 24 à la p 93. Voir aussi David Ruzié et Gérard Teboul, *Droit international public*, 23^e éd, Paris, Dalloz, 2015 aux pp 79, 102).

²⁵ Voir Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, *sub verbo* « territoire »; Claude Emanuelli, *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 à la p 183 et s. En ce qui concerne le Québec, voir *Loi sur les terres du domaine de l'État*, RLRQ c T-8.1, art 1 [*Loi sur les terres de l'État*] (cette disposition précise que « [l]a présente loi s'applique à toutes les terres qui font partie du domaine de l'État, y compris le lit des cours d'eau et des lacs, de même que les parties du lit du fleuve Saint-Laurent et du golfe du Saint-Laurent appartenant au Québec *par droit de souveraineté* » [nos italiques]).

²⁶ Voir par ex *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, RLRQ c A-18.1, arts 15–16 (ces articles permettent de diviser le territoire en unités d'aménagement, lesquelles sont délimitées par le ministre et aménagées en fonction de leurs caractéristiques propres).

d'accès et de gestion du territoire. Ainsi, les principes régissant la gestion de l'eau diffèrent de ceux régissant l'exploitation du sous-sol, de ceux régissant les ressources du sol (par exemple, les ressources forestières), et de ceux régissant l'exploitation des animaux, lesquels vivent pourtant dans ces mêmes milieux (exploitation faunique et halieutique). Ce morcèlement de l'espace par le droit se répercute jusqu'aux plus hautes sphères de l'ordonnement normatif canadien. Ainsi, la Constitution du Canada, qui distingue propriété et compétence, confirme la fixité des frontières et procède à un partage des compétences législatives entre les entités fédérées et fédérale dans ce domaine (par exemple, la pêche et les oiseaux migrateurs sont de compétence fédérale, mais les terres et la propriété sont de compétence provinciale)²⁷. Le découpage juridique de l'espace s'appuie sur une conception abstraite du territoire et permet également la mise en place du système économique dominant :

Ce droit écrit repose sur une conception abstraite de la propriété qui fait en sorte que le propriétaire d'un terrain pourrait très bien ne l'avoir jamais vu : celui-ci pourrait être situé en Floride par exemple et avoir été acheté à des fins de spéculation. Cette conception s'articule autour d'idées se rapportant à la valeur pécuniaire de la terre à laquelle on attache un prix, à son appropriation individuelle et à l'exclusivité du droit [notes omises].²⁸

La lecture des différentes lois québécoises régissant les ressources de la terre montre que le législateur a le souci de mettre de l'avant plusieurs principes, lesquels sont dits être au cœur de l'organisation foncière et territoriale. Ces principes vont comme suit.

Tout d'abord, le territoire et les ressources sont des biens détenus collectivement. En clair, les lois considèrent que les terres et les ressources sont des biens collectifs, mais non des « biens communs »²⁹. Pour cette raison, les lois québécoises prévoient un droit d'accès à l'eau potable et aux ressources. Ce droit d'accès est généralement limité par des conditions et exigences prévues par les lois, sauf en ce qui concerne les « substances minérales » pour lesquelles le principe du libre accès (« *free mining* ») demeure applicable encore de nos jours³⁰. L'accès à l'eau pour des besoins de base est

²⁷ Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, partie VI, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

²⁸ Jean-Paul Lacasse, « Le territoire dans l'univers innu aujourd'hui » (1996) 40:110 *Cahiers Géographie Q* 185 à la p 192 [Lacasse, « Territoire »].

²⁹ Voir art 913 CcQ; Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, *sub verbo* « bien commun » (se définit comme un « [b]ien qui n'est pas susceptible d'appropriation et dont l'usage est commun à tous »), « *res communis* » (qui signifie : « [...] "chose commune" et qui désigne un bien qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous »).

³⁰ Pour une explication du concept de « *free mining* », voir Sophie Thériault, « Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones » (2010) 6:2 RDPDD 217 à la p 224.

garanti par la loi³¹. Le droit d'accès à l'eau et aux ressources doit être lu en corrélation avec le droit général public d'accéder aux terres de l'État³². Le *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.) favorise ce droit en faisant entrer dans le domaine de l'État les terres dites sans propriétaires³³. Le C.c.Q. vient par ailleurs restreindre le droit d'accès du public par la reconnaissance de la propriété privée³⁴.

Ensuite, les lois québécoises affirment toutes, d'une manière ou d'une autre, respecter le principe du développement durable. L'article 6 de la *Loi sur le développement durable* énumère les principes du développement durable, tel qu'il est entendu en droit québécois³⁵. La même loi impose un cadre de gestion à l'administration publique qui en tient compte³⁶. Le législateur fait par exemple référence au développement durable dans la disposition préliminaire de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* et dans le préambule de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau*³⁷. En outre, l'obligation de respecter le développement durable se manifeste par les principes de l'utilisateur-payeur, de prévention, de réparation, de transparence et de participation³⁸. Cela étant, on peut considérer que le principe de développement durable se retrouve de différentes manières dans les lois québécoises. On peut par exemple considérer que l'accent mis sur la responsabilisation des gestionnaires et des utilisateurs s'inscrit dans cette voie. De cette manière, le législateur promeut la responsabilité collective du territoire et des ressources, cette responsabilité étant partagée par l'ensemble des intervenants³⁹, mais aussi par les utilisateurs. Dans cet esprit, la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* met en place un régime qui prévoit un partage des responsabilités

³¹ Voir *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés*, RLRQ c C-6.2, art 2 [*Loi sur le caractère collectif des ressources en eau*].

³² Voir *Loi sur les terres de l'État*, *supra* note 25, art 53.

³³ Voir art 918 CcQ. Voir aussi *Loi sur les terres de l'État*, *supra* note 25, art 3.

³⁴ Voir art 953 CcQ.

³⁵ Ces principes sont les suivants : santé et qualité de vie, équité et solidarité sociales, protection de l'environnement, efficacité économique, participation et engagement, accès au savoir, subsidiarité, partenariat et coopération intergouvernementale, prévention, précaution, protection du patrimoine culturel, préservation de la biodiversité, respect de la capacité de support des écosystèmes, production et consommation responsables, pollueur payeur et internalisation des coûts (*Loi sur le développement durable*, RLRQ c D-8.1.1, art 6).

³⁶ Voir *ibid.*, art 7 et s.

³⁷ RLRQ c C-61.1, disposition préliminaire [*Loi sur la conservation de la faune*]; *supra* note 31, préambule.

³⁸ Voir *ibid.*, arts 4–7.

³⁹ L'État, les organismes de gestion et les communautés autochtones.

sur la ressource forestière⁴⁰. La *Loi sur la conservation de la faune* prévoit quant à elle la conclusion d'ententes de gestion avec les communautés autochtones afin de concilier l'intérêt de ces communautés avec les objectifs de cette loi⁴¹. En ce qui concerne la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau*, elle a recours aux principes d'utilisateur-payeur⁴² et de réparation⁴³ destinés à responsabiliser les utilisateurs de cette ressource. Le respect de l'environnement et de la prise en compte des intérêts des communautés locales et autochtones — mettant ici l'accent sur la prise en charge des communautés autochtones et la recherche de l'harmonie avec ces dernières — s'inscrivent aussi dans le cadre du développement durable⁴⁴. Enfin, la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* valorise quant à elle l'« aménagement écosystémique »⁴⁵ et met de l'avant le rôle des forêts dans les changements climatiques⁴⁶.

⁴⁰ *Supra* note 26, art 1(3).

⁴¹ *Supra* note 37, art 24.1.

⁴² *Supra* note 31, art 4.

⁴³ *Ibid*, arts 6, 9, 11.

⁴⁴ Voir *Loi sur les mines*, RLRQ c M-13.1, préambule, qui énonce ce principe. La *Loi sur les terres de l'État* (*supra* note 25, art 24) prévoit la prise en compte des communautés dans l'établissement d'un plan d'affectation. La *Loi sur les mines* (*supra* note 44, arts 2.1–2.3), la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* (*supra* note 26, arts 6–7) et la *Loi sur la conservation de la faune* (*supra* note 37, arts 24.1–24.2) comprennent des dispositions qui se rapportent à la prise en compte ou à la consultation des communautés autochtones. L'obligation de consulter constitue en fait une obligation de nature constitutionnelle découlant de l'interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On pourrait rattacher l'obligation de consulter à des principes constitutionnels, par exemple l'obligation de l'État d'agir honorablement dans tous ses rapports avec les peuples autochtones (principe de l'honneur de la Couronne) et le respect des droits des minorités (voir les décisions *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 aux pp 1111–19, 70 DLR (4^e) 385; *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 [*Nation Haida*]; *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74 [*Taku River*]; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53; *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43 [*Carrier Sekani*]). Au Québec, voir Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, 2008 (mise à jour), en ligne (pdf) : *Secrétariat aux affaires autochtones* <autochtones.gouv.qc.ca> [perma.cc/B6Q6-E6YB] (la version initiale de ce guide fut adoptée en 2006). Par ailleurs, la *Loi sur la qualité de l'environnement* (RLRQ c Q-2, art 19.1) rappelle que chacun a droit à la qualité de l'environnement (dans la mesure prévue par la loi).

⁴⁵ L'aménagement écosystémique se met en place dans des territoires où agissent une multitude d'acteurs aux valeurs et aux besoins variés. Il s'inscrit dans une démarche de gestion intégrée des ressources et du territoire qui facilite la participation de ces acteurs et qui aborde simultanément les enjeux écologiques, sociaux et économiques (voir Québec, Ministère des Forêts, de la Faune et des Parcs, « L'aménagement écosystémique : au cœur de la gestion des forêts » (dernière consultation le 27 mai 2020), en ligne : *Forêts, Faune et Parcs Québec* <mffp.gouv.qc.ca> [perma.cc/6A75-GHZL]).

⁴⁶ *Supra* note 26, préambule.

Il reste manifeste que, lorsqu'il est question des terres et des ressources, le cœur de la structure institutionnelle québécoise est le développement économique, tel qu'il se comprend dans une économie de marché⁴⁷. Ainsi, l'exploitation des ressources sur le territoire québécois répond à une logique mercantile eu égard à l'organisation et à la planification territoriale⁴⁸. Les préambules de la *Loi sur les mines* et de la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* sont très clairs à cet égard⁴⁹. D'ailleurs, au Québec, l'histoire de l'occupation du territoire et de la colonisation montre bien qu'il s'agit là d'un principe cardinal⁵⁰. Parallèlement, cette approche instrumentale et mercantiliste de l'exploitation des terres et des ressources contribue — comme le rappellent ces deux mêmes lois — à bâtir l'identité québécoise⁵¹. À notre avis, la dimension identitaire du rapport à la terre ainsi que

⁴⁷ Sur la notion de développement et ses évolutions, voir Pierre Bezbakh et Sophie Gherardi, dir, *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Larousse, 2008, *sub verbo* « développement »; François Perroux, *L'économie du XXe siècle*, 3^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1969 aux pp 191–207; Pierre Beaudet, Jessica Schafer et Paul Haslam, *Introduction au développement international : approches et enjeux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2008; Elsa Assidon, *Les théories économiques du développement*, 3^e éd, Paris, La Découverte, 2002; Fatoumata Kaba, « Les atteintes au droit au développement des peuples autochtones dans le contexte de l'exploitation minière », conférence dans le cadre du Colloque sur les peuples autochtones et l'industrie extractive, présentée à l'Université d'Ottawa, 17–21 octobre 2016.

⁴⁸ Voir Frédéric Lasserre, « L'eau, la forêt, les barrages du Nord du Québec : un territoire instrumentalisé? » dans Frédéric Lasserre et Aline Lechaume, dir, *Le territoire pensé : géographie des représentations territoriales*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2003, 13; Frédéric Lasserre, *Le Canada d'un mythe à l'autre : territoire et images du territoire*, Montréal, Hurtubise, 1998 à la p 213 et s [Lasserre, *Le Canada d'un mythe à l'autre*] (l'auteur y présente les différentes approches qui ont au fil du temps contribué à définir les divisions spatiales au Québec et au Canada).

⁴⁹ *Supra* note 44, préambule; *supra* note 26, préambule.

⁵⁰ Voir Brun et al, *supra* note 22 aux pp 304–12. Les auteurs concluent :

Comme l'avancé Serge Bouchard, le Plan Nord apparaît être un projet de développement économique du Québec boréal similaire à ceux que les siècles derniers ont connus. Il faut cependant nuancer l'affirmation, car l'analyse montre que plusieurs de ses composantes étaient absentes des plans passés, particulièrement l'attention portée aux questions environnementales et à la participation des Autochtones. Ce sont d'ailleurs ces caractéristiques qui distinguent le Plan Nord des plans de développement d'autres États miniers avec lesquels la province est en compétition pour attirer les investissements. Le gouvernement du Québec serait en mauvaise posture s'il ne concevait pas un projet inclusif, « vert », respectueux des communautés autochtones, et porteur de l'intérêt général de la société québécoise. Or, cette question de l'intérêt général est précisément un enjeu majeur des grands projets d'aménagement du territoire » (*ibid* à la p 320).

⁵¹ Voir *ibid* aux pp 304, 310; Lasserre, *Le Canada d'un mythe à l'autre*, *supra* note 48 aux pp 236–37.

le rapport mercantile aux ressources accentuent les difficultés que rencontrent les Québécois et les Innus en matière de gouvernance territoriale et rendent dès lors plus complexe la résolution des conflits sur ces questions.

En clair, la considération des ressources comme biens *appartenant* à la collectivité québécoise et leur exploitation à des fins mercantiles sont des principes qui marquent l'identité québécoise et définissent son rapport à la terre. Le principe de la propriété publique des ressources implique un accès pour tous (limité ou libre), la nécessité de gérer dans l'intérêt des générations à venir et dans l'intérêt collectif (par exemple une gestion écosystémique, l'obligation de consultation, le respect de l'environnement) et un partage de l'accès et des revenus entre les communautés et les différentes régions (par exemple une approche multiusage, des prélèvements de nature fiscale et une redistribution). Mais, comme cela a été mentionné, malgré leur caractère collectif, les terres et les ressources sont considérées comme des biens susceptibles d'appropriation individuelle et de marchandisation dans le cadre d'une économie capitaliste. En ce sens, les valeurs dominantes du régime foncier québécois sont celles qui se dégagent du libéralisme ou du néolibéralisme, notamment l'utilitarisme et la liberté, le collectivisme et l'anthropocentrisme. Ces valeurs et principes s'expriment dans le cadre d'un État fédéré centralisé inspiré à la fois des traditions civilistes et de common law et incorporant dès lors les valeurs dominantes de ces deux traditions juridiques⁵².

B. Le territoire et ses ressources : perspective innue⁵³

Comme en témoignent notamment les travaux de l'anthropologue Sylvie Vincent, les récits oraux innus présentent des valeurs et des principes normatifs qui diffèrent de ceux qui se dégagent du droit québécois⁵⁴. La responsabilité (*tipenitamun*) et le respect (*ishpitenitamun*) envers le territoire, deux principes cardinaux, impliquent que les Innus soient les maîtres de leur territoire, parce qu'ils en prennent soin et qu'ils en sont les gardiens

⁵² Catherine Iorns Magallanes conclut de façon similaire en ce qui concerne les territorialités autochtones et occidentales et explique que le développement de l'agriculture a amené la transformation des cultures, des religions et du rapport au territoire et à l'environnement (voir Catherine J Iorns Magallanes, « Maori Cultural Rights in Aotearoa New Zealand: Protecting the Cosmology that Protects the Environment » (2016) 21:2 *Widener L Rev* 273 aux pp 276–84). Sur l'étude du droit québécois, voir Geneviève Motard et Pierrot Ross-Tremblay, « El acceso y la gestión de tierras y los recursos naturales en el derecho quebequés: ¿cuál reconocimiento para los sistemas jurídicos indígenas? » dans Pedro Garzón López et Oscar Mejía Mesa, dir, *Pueblos indígenas y estado: avances, límites y desafíos del reconocimiento indígena*, Quito, Abya Yala, 2019, 203.

⁵³ Voir Ross-Tremblay, Motard et Vincent, *supra* note 13.

⁵⁴ Sur la portée normative des récits innus, voir aussi Rémi Savard, *La forêt vive : récits fondateurs du peuple innu*, Montréal, Boréal, 2004 à la p 173; Bissonnette, *supra* note 14 aux pp 197–203.

(ce qui se traduit par le verbe *kanauenitam*)⁵⁵. En vertu du droit innu, il en serait ainsi car le territoire est connu des Innus, qui l'ont occupé et qui doivent le transmettre aux générations à venir dans l'état où ils l'ont reçu⁵⁶.

Le droit innu est un droit de nature coutumière, c'est-à-dire que ses sources normatives comprennent les récits, les mythes et autres composantes de la tradition orale de même que la pratique (il s'agit dès lors du droit innu qui émerge et se développe hors la réglementation issue du régime de la *Loi sur les Indiens*). Il y aurait alors des sources de droit non humaines, par exemple la création, et des sources de droit humaines, par exemple les récits et la pratique⁵⁷. À l'instar de toutes les sources de droit, ces dernières évoluent et s'adaptent à de nouvelles conditions socio-économiques⁵⁸. S'agissant du contenu des normes, il paraît clair que ce droit reconnaît et valorise le lien tout particulier des Innus avec leur territoire. Le territoire a été donné par « le Créateur » aux Innus en partage, il est occupé par et il est connu des Innus⁵⁹. D'ailleurs, suivant notre compréhension, la connaissance du territoire est un aspect important de l'ordonnement foncier, voire une des sources de la responsabilité des Innus sur celui-ci. Dans une perspective de droit innu, « [p]our affirmer que l'on détient un lien avec un territoire, il faut l'avoir vu de ses propres yeux, l'avoir parcouru, en connaître la topographie et les ressources ainsi que l'histoire. Il faut y avoir investi du travail et y avoir laissé des traces »⁶⁰. Le rapport au territoire se construit *in concreto*. Le territoire permettait historiquement d'assurer la survie des Innus en fournissant tout ce qui est nécessaire à la vie en forêt, et quoique bien des choses aient changé en raison de la colonisation et de la sédentarisation forcée, il est encore possible d'affirmer que le droit de nature coutumière le considère comme source de vie⁶¹. Le territoire, celui des ancêtres comme celui de la réserve, est également toujours considéré comme une source culturelle et identitaire importante. Dans

⁵⁵ Voir Ross-Tremblay, Motard et Vincent, *supra* note 13 à la p 14.

⁵⁶ Voir *ibid* à la p 20.

⁵⁷ Sur les sources normatives des traditions juridiques autochtones, voir Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013 aux pp 368–74.

⁵⁸ Voir *ibid* à la p 372; Savard, *supra* note 54 aux pp 169–70 (à travers les changements apportés à un mythe innu, l'auteur donne l'exemple des modifications faites à la règle du partage et qui ont permis aux Innus de s'adapter à l'intensification du commerce des fourrures).

⁵⁹ Voir Lacasse, « Territoire », *supra* note 28.

⁶⁰ Ross-Tremblay, Motard et Vincent, *supra* note 13 à la p 9.

⁶¹ Voir *ibid* aux pp 9–10; Lacasse, « Territoire », *supra* note 28 à la p 188.

cette optique, comme nombre de peuples autochtones, les Innus reconnaissent le lien intime qui unit la terre et leur langue⁶².

Selon le droit innu, la connaissance du territoire permettait de savoir qui en était le responsable et, dès lors, le maître. Cela valait non seulement pour les limites extérieures, les frontières, lesquelles étaient flexibles, surveillées et respectées, mais aussi pour les territoires familiaux. Ainsi, selon les travaux de Sylvie Vincent, pour passer à travers les terres innues, permission devait être demandée et obtenue sous peine de danger de guerre⁶³. Reste que, à la lecture et à l'écoute des récits, il est possible de constater que la guerre était loin d'être la seule stratégie utilisée pour faire respecter cette règle. Enfin, les territoires familiaux se transmettaient d'une génération à l'autre. L'anthropologue Sylvie Vincent écrit :

Mentionnons seulement que, d'après les informations recueillies au cours de diverses enquêtes, le chef de famille indiquait avant de mourir à qui il transmettait la responsabilité de son territoire. Il s'agissait généralement de l'un ou de plusieurs de ses fils. En l'absence d'un descendant direct apte à se charger des obligations dues à ce territoire, il pouvait le transmettre à l'un de ses gendres. Ce pouvait être aussi à un neveu. Il choisissait celui qui, ayant chassé avec lui pendant plusieurs années, connaissait son territoire et serait en mesure d'en prendre soin.⁶⁴

Le respect dû au territoire se traduit aussi par un certain nombre d'autres règles, dont l'interdiction de gaspillage, le respect de tout ce qui vit (particulièrement des espèces vulnérables) et l'obligation de partager. La vie en réserve plutôt qu'en forêt et les changements à la vie quotidienne qui en découlent ont, bien évidemment, eu des effets sur la manière d'opérationnaliser ces règles⁶⁵. Reste que les récits recueillis au tournant des années 2000, soit plusieurs décennies après la sédentarisation forcée, continuent de mettre en avant ces valeurs, principes et règles. De même, la lecture du *Code de pratique unifié* adopté par la nation innue de Mashteuiasht, *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan*, en mai 2008 et révisé en 2012 montre bien que les valeurs, principes et règles qui se dégagent de la tradition orale continuent, encore de nos jours, à régir la vie en forêt⁶⁶. On y

⁶² Voir notamment Geneviève Motard et Mathieu-Joffre Lainé, « Territoire, espace public et langues autochtones : le cas du Québec » dans Alain-G Gagnon et Pierre Noreau, dir, *Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, 253 aux pp 279–86.

⁶³ Voir Ross-Tremblay, Motard et Vincent, *supra* note 13 à la p 16.

⁶⁴ *Ibid* à la p 20.

⁶⁵ Ces règles sont notamment présentées dans Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004 [Lacasse, *Innu tipenitamun*].

⁶⁶ Mashteuiatsh, Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, *Tshe eshi nashekanitsh kie tshe eshi pampalitsh kassinu e mamushtakanitsh ahitun* [Code de pratique unifié] : *Nuhtshimiu*

constate toutefois une transformation de la source normative (codification des sources orales) et une augmentation de la technicité des règles en vue d'harmoniser la pratique avec le droit de l'État. Plusieurs dimensions, notamment les liens avec le monde abstrait ou non humain, sont évacuées de ce code. Également, on constate que le *Code de pratique unifié* ne cherche pas à régir l'accès des tiers au territoire et aux ressources, mais qu'il a pour but de réguler les activités dites traditionnelles de prélèvement des ressources des Innus. Cela dit, le *Code de pratique unifié* reprend la règle coutumière permettant aux Innus d'inviter des tiers à les accompagner.

Au-delà des activités de chasse, il nous semble que la contemporanéité des valeurs, principes et règles de droit innu passe aussi par l'application des règles innues aux tiers. Or, ici, le *Code* ne répond pas à plusieurs questions. Comment, par exemple, le droit innu dit de nature coutumière réglemente-t-il les activités minière et forestière des entreprises possédées par des tiers sur le territoire innu? Le droit innu dit de nature coutumière ne permet-il pas aussi de poser des conditions avant que des ressources ne soient exploitées en vue de leur commercialisation? Le respect (ou non) du droit innu par les entreprises ne permettrait-il pas de déterminer leur droit d'accéder (ou non) aux terres innues?

Ces questions renvoient notamment aux enjeux portant sur les conceptions contemporaines du rapport au territoire. Ces dernières semblent varier entre les générations en raison de la sédentarisation et de la dépossession territoriale dont sont responsables les autorités fédérales et québécoises, lesquelles ont autorisé l'exploitation des ressources à des fins énergétiques ou autres depuis plus de cinquante ans maintenant sans le consentement ni l'indemnisation des Innus. À ce propos, le professeur Lacasse écrivait il y a quelques années déjà :

Le discours innu contemporain montre que le sens de la gestion et celui du gardiennage collectifs du territoire demeurent aigus chez un grand nombre d'Innus, particulièrement dans l'est et le nord du Nitassinan. Ici, d'autres variables affermissent la conscience territoriale : l'importance de la chasse, la sédentarisation plus récente, la conservation de la langue. Il faut ajouter que ces sens de la gestion et du gardiennage collectifs du territoire équivalent, chez les Innus, au sens de la souveraineté qu'ont les membres de la société majoritaire. Mais les variables que nous avons mentionnées jouent aussi en sens inverse et peuvent avoir pour effet de limiter ou de neutraliser chez les individus et les groupes la conscience territoriale traditionnelle.⁶⁷

ahitun miam ka nituhunanutsh [Activités traditionnelles reliées à la faune], mai 2008 (modifié le 8 août 2012), en ligne (pdf) : *Mashteuiatsh* <mashteuiatsh.ca> [perma.cc/Y5WR-6PA7].

⁶⁷ Lacasse, « Territoire », *supra* note 28 à la p 200.

II. Le regard du droit québécois sur le droit innu en matière foncière : entre aveuglement (volontaire) et myopie

Si le droit québécois pose un regard relativement clair sur le droit innu en matière d'adoption⁶⁸, sa vision est plutôt trouble en ce qui concerne le droit innu se rapportant à l'accès et à la gestion des ressources. À quelques exceptions près (section B), le droit québécois ne reconnaît pas la validité des règles de droit innu portant sur la gouvernance territoriale (section A).

A. *L'analyse des interactions entre les Droits innu et québécois en matière d'accès et de gestion des ressources : le principe de l'invalidation générale du droit innu*

Comme l'affirme le professeur Kent McNeil, la réponse à la question de l'identité du détenteur de la souveraineté sur un territoire dépend largement de l'ordre juridique à partir duquel ce problème est étudié⁶⁹. Or, à notre avis, l'étude des interactions entre les ordres juridiques se pose aussi de cette manière. En effet, on peut affirmer sans trop risquer l'erreur que la légalité, la légitimité et la validité d'un ordre juridique sont très relatifs. Ainsi, la légalité, la légitimité et la validité du droit innu ne font aucun doute du point de vue de l'ordre juridique innu, mais il en va autrement du point de vue du droit étatique. Inversement, si la légalité, la légitimité et la validité du droit québécois va de soi du point de vue du droit étatique, il en va autrement du point de vue du droit innu. Le principe de souveraineté étatique exclusive sur le territoire et les ressources, affirmé à compter du XVIII^e siècle dans les régions que comprend aujourd'hui le Canada, ne fait donc aucun doute depuis une perspective de droit étatique, mais demeure contestable depuis la perspective du droit innu.

Il s'agit là, à notre sens, du nœud gordien des problèmes qui caractérisent les interactions entre droit innu et droit québécois. Les interactions entre ces ordres juridiques se produisent dans un contexte où les deux visions de la légalité et de la légitimité se rejettent mutuellement. Ce rejet se concrétise au surplus dans le cadre d'une relation hégémonique, c'est-à-dire une relation dans laquelle un des acteurs, ici l'État, impose, non pas nécessairement et toujours par la violence physique, mais par exemple par ses valeurs et par son discours, sa propre conception de l'organisation du

⁶⁸ Concernant la garde coutumière et l'adoption, voir arts 199.10 et 543.1 CcQ, modifiés par le PL 113 (*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, 1^{re} sess, 41^e lég, Québec, 2017 (sanctionné le 16 juin 2017), LQ 2017, c 12 (non en vigueur), arts 10, 13).

⁶⁹ Kent McNeil, « La Relativité de la Souveraineté de Jure au Canada, 1600-2016 » (2016) Osgoode Hall Law School Research Paper No 40 à la p 7, en ligne (pdf) : [SSRN <papers.ssrn.com> \[perma.cc/3BCC-DD6Y\]](https://papers.ssrn.com/perma.cc/3BCC-DD6Y).

monde réel et idéal⁷⁰. Ce rejet du droit innu, qui constitue une forme de violence s'inscrivant dans le cadre d'une relation hégémonique, amène les acteurs étatiques à douter de la légalité, de la validité et de la légitimité de ce système, voire à douter de son existence même. Au-delà de ce rejet, il est manifeste que les acteurs et les normes approchent différemment le territoire et ses ressources. Ces distinctions accroissent les difficultés de compréhension entre les acteurs.

Pour ne donner que quelques exemples de ces défis de compréhension mutuelle, il convient de souligner que les deux ordres juridiques ont des acteurs et des structures politiques fort distincts (par exemple la Reine et le représentant officiel du chef de l'État, les parlementaires, juges, fonctionnaires et autres agents de l'État, par opposition à la communauté, la famille, les aînés, les femmes⁷¹, les groupes de chasseurs et les individus). Parmi ces acteurs, il peut être difficile de reconnaître la validité des fictions juridiques qui marquent inévitablement tous les ordres juridiques. La légalité des décisions d'un *maître d'animaux* (entité abstraite) dans le processus décisionnel peut par exemple être difficile à reconnaître pour les agents de l'État, alors que celle des décisions prises par une *entreprise* ou par le *gouvernement* (entités abstraites) à l'égard du territoire fait sens pour eux⁷². Le C.c.Q. reconnaît d'ailleurs la personnalité juridique aux secondes formes d'entités abstraites, mais non à la première. De même, certaines règles de droit ne trouvent pas écho dans l'autre ordre juridique, ce qui peut avoir pour effet de complexifier le dialogue — lorsqu'il a lieu — entre les acteurs. Ainsi, le principe selon lequel un individu est maître et *gardien du territoire*, un principe cardinal dans l'ordre foncier innu, ne se retrouve pas dans le droit commun ou les lois particulières du Québec. En vertu des lois québécoises, d'ailleurs, le chef de territoire n'occupe pas de fonctions officielles. La notion d'*État gardien*, inscrite dans la *Loi sur le caractère collectif des ressources en eau*⁷³ est reconnue comme intégrant une dimension collective à la gouvernance territoriale, puisque l'État est dit être « gardien des intérêts de la nation dans la ressource eau,

⁷⁰ Voir Bill Ashcroft, Gareth Griffiths et Helen Tiffin, *Post-Colonial Studies: the Key Concepts*, 2^e éd., New York, Routledge, 2007 aux pp 106–07. Sur le même sujet, voir aussi Jane Hiddleston, *Understanding Postcolonialism*, New York, Acumen, 2009 à la p 11.

⁷¹ Voir Andrée Lajoie, *Le rôle des femmes et des aînés dans la gouvernance autochtone au Québec*, Montréal, Thémis, 2009.

⁷² Sur la nécessaire remise en question des concepts et catégories qui permettent de « nommer » et « penser » le monde afin de revoir les relations entre Autochtones et Allochtones, voir Pierre Noreau, « La gouvernance autochtone : penser hors du livre » dans Pierre Noreau, dir, *Gouvernance autochtone : reconfiguration d'un avenir collectif*, Montréal, Thémis, 2010, XV aux pp XIX–XXIII.

⁷³ *Supra* note 31, préambule, art 8 (pour plus de détails sur cette loi et sur les notions d'État gardien et de patrimoine commun, voir la note 141).

[et] se doit d'être investi des pouvoirs nécessaires pour en assurer la protection et la gestion »⁷⁴. Ce rôle, qui est reconnu à l'État et non aux chefs de territoire, s'appuie sur la propriété publique et les compétences de la législature. Le rôle du chef de territoire comme maître ou gardien s'appuie quant à lui sur la transmission, la connaissance et l'occupation du territoire. Il en est le maître parce que le territoire lui a été transmis, parce qu'il le connaît, parce qu'il l'occupe et en prend soin. Les obligations qui découlent de la notion de gardiennage ne sont dès lors pas les mêmes pour l'État et le chef de territoire. S'il peut y avoir des points de convergence entre les ordres juridiques, il demeure que la notion d'appropriation de la terre et des ressources est étrangère à l'ordre juridique innu, tel qu'il se dégage des récits oraux et de la doctrine, et qu'il faille plutôt privilégier la notion de maîtrise. Enfin, on peut aussi souligner que les règles innues posent l'obligation d'obtenir l'autorisation du chef de territoire avant d'utiliser ou de traverser ses terres. Cette obligation se retrouve aussi en droit québécois de la propriété privée, mais alors l'interdiction de passage ou d'utilisation des terres ne s'impose ni à l'État ni aux détenteurs de *claims* ou baux miniers. En clair, au-delà des règles, acteurs, principes ou valeurs, il nous semble que ce sont les principes organisationnels des ordres juridiques qui divergent et rendent dès lors conflictuelle leur rencontre. Alors que le contrat et la propriété sont au cœur des relations entre les individus et entre ces derniers et la terre, c'est plutôt la responsabilité envers l'autre, l'animal et la terre ou l'idée de gardiennage (« prendre soin de ») qui demeure au cœur de ces mêmes relations chez les Innus⁷⁵.

Pour pallier ces difficultés de compréhension, et en vue de faciliter le dialogue interculturel, certains auteurs ont recours à la notion d'équivalence homéomorphe. Développée notamment dans les travaux de Raimundo Panikkar, l'équivalence homéomorphe cherche à identifier des notions ou des concepts qui jouent des rôles ou des fonctions équivalentes dans des cultures différentes⁷⁶. Le travail de Benoît Éthier sur la responsabilité territoriale dans l'ordre juridique atikamekw permet d'illustrer l'utilité de cette démarche dans le cadre de l'analyse des interactions entre droits étatique et autochtone. Abordant la notion de « droit de propriété » dans l'univers normatif atikamekw nehirowisiwok — similaire sur ce point à l'univers normatif innu — Éthier met en lumière :

[L]a difficulté vécue durant mon étude à cerner des termes nehirowisiwok qui pourraient équivaloir aux concepts de « droit » ou de « justice ». Cette difficulté, également partagée par des linguistes ne-

⁷⁴ *Ibid.*, préambule.

⁷⁵ Voir Jean-Olivier Roy, « Identité et territoire chez les Innus du Québec : regard sur des entretiens (2013–2014) » (2015) 45:2/3 *Recherches amérindiennes au Québec* 47 à la p 51.

⁷⁶ Voir Raimundo Panikkar, « La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental? » (1982) 120 *Diogenes* 87 à la p 89.

hirowisiwok et par des membres nehirowisiwok de la Table des négociations territoriales, provient d'abord du fait que ces conceptions demeurent largement abstraites et issues d'une logique ou d'une rationalité particulière. Par ailleurs, entamer le dialogue à partir des terminologies occidentales n'est peut-être pas la démarche souhaitable en vue de donner une place réelle aux épistémologies et aux ontologies autochtones.

Dans leurs travaux effectués dans le contexte des négociations territoriales globales, les Atikamekw Nehirowisiwok traduisent habituellement les concepts de « droit » et de « propriété territoriale » par le concept tiperitamowin. Mes interlocuteurs savent très bien que le concept tiperitamowin n'est pas analogue aux concepts occidentaux de droit ni de propriété. Il s'agit plutôt d'une conception homéomorphe — qui présente une analogie fonctionnelle, mais qui est d'une nature tout à fait différente.

Pour mes interlocuteurs nehirowisiwok, la locution ni tiperiten aski renvoie à une sorte de relation au territoire, relation qui comprend certains droits et responsabilités. La locution ni tiperiten aski pourrait être traduite par « je suis garant de ce territoire », « j'ai une responsabilité envers ce territoire ». C'est en ce sens que les Nehirowisiwok peuvent utiliser ce concept pour mettre de l'avant leur relation « juridique » au territoire [notes omises].⁷⁷

En tout état de cause, aucun des acteurs, processus décisionnels ou règles du droit innu ne sont intégrés directement dans les lois québécoises. Les rôles respectifs du chef de famille et des non-humains, les principes de responsabilité, de maîtrise et de respect, de même que les règles et sanctions qui en découlent ne sont pas formellement reconnus dans les textes de loi québécois. Dans leurs opérations de marquages et de divisions des terres, les autorités québécoises ne favorisent pas non plus le respect des terres innues. Il ne semble pas non plus trop fort d'affirmer que les valeurs dominantes et les principes gouvernant chacun des ordres juridiques sont à plusieurs égards conflictuels et qu'ils entrent même en compétition. En revanche, il n'est pas impossible de trouver des équivalences homéomorphes, au sens où l'entendent les anthropologues du droit. Cette recherche favoriserait certainement le dialogue, lorsqu'il a lieu, par exemple dans les processus de consultation ou de négociation qui ont cours, souvent de manière ad hoc, au Québec. Il reste qu'une difficulté majeure du dialogue entre les acteurs demeure le fait que le droit québécois se surimpose au droit innu en raison de l'affirmation du pouvoir constitutionnel et de la souveraineté. Les valeurs et les principes qui découlent des traditions de common law et de droit civil ont, du fait de cette affirmation, été imposés

⁷⁷ Benoit Éthier, « Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok » (2016) 40:2 *Anthropologie & Soc* 177 aux pp 181–82. En langue innue, l'expression tiperitamowin se traduit par ti-penitamun. « [R]etenons que le concept tiperitamowin est essentiellement utilisé [...] pour parler de l'influence, du contrôle ou de la maîtrise qu'exerce une personne » (*ibid* à la p 182).

aux structures contemporaines innues, tout particulièrement à la suite de l'adoption de la *Loi sur les Indiens* et de ses lois antérieures, notamment celles du Bas-Canada⁷⁸. Cette imposition, historique et contemporaine, fait en sorte que le droit étatique demeure hégémonique, le droit innu ayant été « refoulé » à un espace que fréquentent les membres de la communauté, mais non les tiers⁷⁹. Ce faisant, le droit innu est devenu invisible dans l'espace public ainsi que dans les structures et institutions de la société dominante qui ne lui reconnaissent aucune validité. À notre connaissance, il n'en a pas toujours été ainsi puisque certaines mesures étatiques, comme la réglementation instaurant les réserves à castor, ont historiquement permis d'assurer une protection, certes limitée, aux découpages fonciers innus et de protéger l'exercice d'une activité particulière, soit le piégeage⁸⁰. Paul Charest explique :

Sous juridiction du gouvernement fédéral, les réserves [à castor] sont en fait de petites enclaves territoriales destinées à l'usage exclusif des Amérindiens, dans ce cas-ci les Innus. Elles ne représentent qu'une infime fraction des territoires ancestraux de chasse, sur lesquels les Innus n'ont qu'un droit d'usufruit résiduel. Cela signifie qu'ils peuvent y poursuivre certaines activités traditionnelles comme le piégeage, à condition que le gouvernement du Québec — pour qui ce sont des terres de la couronne — ne les octroie pas à d'autres occupants

⁷⁸ Sous le régime français, la politique indienne était un mélange d'évangélisme, d'alliances militaires et de commerce. « Toutefois l'influence des prêtres missionnaires conduisit à la fondation d'établissements indiens. Ce sont les Jésuites qui ont fait une des premières tentatives en ce sens, à Sillery [...]. L'historien Stanley en a conclu que Sillery fut la première réserve indienne au Canada [...] » (Canada, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *Les réserves indiennes au Canada avant la confédération*, par WMB Henderson, Ottawa, Direction de la recherche, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1980 à la p 3). Voir aussi Alain Beaulieu, « "L'on n'a point d'ennemis plus grands que ces sauvages" : l'alliance franco-innue revisitée (1603-1653) » (2008) 61:3/4 R Histoire Amérique Française 365 à la p 368; *Proclamation royale de 1763*, supra note 3; *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S Prov C 1850, 13 & 14 Vict, c 42; *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, S Prov C 1851, 14 & 15 Vict, c 106. Pour l'historique relatif à l'acte de 1851 qui prévoyait la création d'une réserve à Manicouagan, voir Gérard L Fortin et Jacques Frenette, « L'acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1853 » (1989) 19:1 Recherches amérindiennes au Q 31.

⁷⁹ L'expression ici utilisée est de Ghislain Otis. Pour un exemple de ce procédé, voir Otis, « Figures », supra note 11 aux pp 13–15). Voir aussi *Oliphant v Suquamish Indian Tribe*, 435 US 191 (1978); *Montana v United States*, 450 US 544 (1981).

⁸⁰ Voir *Règlement sur les réserves de castor*, RLRQ c C-61.1, r 28; *Loi sur les droits de chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, RLRQ c D-13.1. Selon le Ministère des Forêts, de la Faune et des Parcs (dénommé Société de la faune et des parcs à l'époque), « [a]vec le temps, d'autres territoires fauniques se sont superposés aux réserves à castor, dont les réserves fauniques, les pourvoies avec droits exclusifs et les zecs » (Québec, Direction des territoires fauniques et de la réglementation, *Territoires ayant un statut particulier ou faisant l'objet d'une protection particulière*, Québec, Société de la faune et des parcs, juin 2002 à la p 24.

comme les compagnies forestières, Hydro-Québec ou encore les pourvoies de chasse et pêche. Dans le passé, les Innus avaient bien des territoires familiaux de trappe à l'intérieur de « réserves à castor » créées dans les années 1940 à 1960, mais l'exclusivité qu'ils y avaient d'y exploiter les animaux à fourrure ne veut plus dire grand-chose aujourd'hui, même si le système des réserves à castor n'a jamais été officiellement aboli.⁸¹

B. Les points de contact entre les ordres juridiques innu et québécois : les exceptions au principe de l'invalidation du droit innu

Malgré la négation du droit innu par la législation québécoise, les documents de l'État et la pratique des acteurs donnent quelques exemples de points de contact entre les ordres juridiques innu et québécois⁸². Dans les politiques publiques du gouvernement du Québec, il est fait référence au respect des « coutumes » des premiers peuples. Le terme n'est pas défini et peut s'interpréter de manière large et généreuse de façon à y voir le respect de normes de nature coutumière plutôt que des pratiques et usages qui seraient dépourvus de tout caractère normatif ou obligatoire⁸³. Au-delà de cette affirmation, les politiques publiques s'appuient concrètement sur la recherche d'harmonie, la valorisation de la prise en charge et la conclusion de partenariats, mais elles évacuent de manière générale la référence au

⁸¹ Paul Charest, « Les Montagnais d'autrefois, les Innus d'aujourd'hui » (2006) 85 Cap-aux-Diamants 10 à la p 13. Pour la liste des réserves à castor, voir Direction des territoires fauniques et de la réglementation, *supra* note 80 à la p 25.

⁸² Voir Geneviève Motard et Valérie Bergeron-Boutin, « Le Québec et les traditions juridiques autochtones : analyse des politiques publiques en matière de négociations territoriales et d'autonomie » 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, 597 aux pp 603–05.

⁸³ Quinze principes constituant le fondement de l'action gouvernementale à l'égard des Autochtones ont été adoptés le 9 février 1983 par le Conseil des ministres (Décision 83-20). Ces principes font maintenant partie intégrante de la mission et de l'orientation du Secrétariat aux affaires autochtones. Le principe 1 mentionne que « le Québec reconnaît que les peuples aborigènes du Québec sont des nations distinctes qui ont droit à leur culture, à leur langue, à leurs coutumes et traditions ainsi que le droit d'orienter elles-mêmes le développement de cette identité propre » (Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, *Les fondements de la politique du gouvernement du Québec en matière autochtone*, Québec, Publications du Québec, 1988 aux pp 3–4; Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, *Partenariat, développement, actions*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 1998 à la p 18). Le Gouvernement du Québec a récemment rendu public un nouveau plan d'action, lequel réfère toujours à ces principes (Québec, Secrétariat aux affaires autochtones en collaboration avec la Direction des communications, *Faire plus, faire mieux : Plan d'action gouvernemental pour le développement social et culturel des Premières Nations et des Inuits 2017-2022*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, juin 2017, aux pp 7, 70, en ligne (pdf) : *Secrétariat aux affaires autochtones* <autochtones.gouv.qc.ca> [perma.cc/ESJ7-6NVX]).

respect des droits et des ordres juridiques autochtones⁸⁴. Malgré des changements récents à ses politiques publiques survenus à la suite du rapport de la Commission de Vérité et de Réconciliation, le gouvernement du Québec néglige toujours de mettre à l'avant-plan de ses politiques le respect des droits et des ordres juridiques autochtones⁸⁵. Une réinterprétation plus généreuse de la politique québécoise de 1983 favoriserait une meilleure prise en compte de l'ordre coutumier innu.

Par ailleurs, certains mécanismes sont intégrés dans les lois québécoises en vue de connaître le point de vue des peuples autochtones (dont les Innus) sur le développement de leur territoire, ou en vue de déléguer l'autorité étatique. Ces mécanismes comprennent l'obligation de consulter les peuples autochtones, au sens où l'entend la common law constitutionnelle⁸⁶. Ces obligations ont été intégrées dans la *Loi sur les mines* qui prévoit que :

2.1. La présente loi doit s'interpréter de manière compatible avec l'obligation de consulter les communautés autochtones. Le gouvernement consulte les communautés autochtones de manière distincte, lorsque les circonstances le requièrent.

2.2. La prise en compte des droits et des intérêts des communautés autochtones fait partie intégrante de la conciliation de l'activité minière avec les autres possibilités d'utilisation du territoire.

2.3. Le ministre élabore, rend publique et tient à jour une politique de consultation des communautés autochtones propre au secteur minier.⁸⁷

Elles ont aussi été intégrées dans la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* qui prévoit quant à elle que :

6. La prise en compte des intérêts, des valeurs et des besoins des communautés autochtones présentes sur les territoires forestiers fait partie intégrante de l'aménagement durable des forêts.

7. Le ministre doit consulter les communautés autochtones d'une manière distincte pour assurer une prise en compte de leurs intérêts, de leurs valeurs et de leurs besoins dans l'aménagement durable des forêts et la gestion du milieu forestier et les accommoder, s'il y a lieu.

⁸⁴ Voir *ibid*; Paul Charest, « La prise en charge donne-t-elle du pouvoir? L'exemple des Atikamek et des Montagnais » (1992) 16:3 *Anthropologie & Soc* 55 [Charest, « Prise en charge »].

⁸⁵ Voir Motard et Bergeron-Boutin, *supra* note 82.

⁸⁶ Voir notamment *Nation Haida*, *supra* note 44; *Taku River*, *supra* note 44; *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69; *Carrier Sekani*, *supra* note 44; *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 6 aux para 78–80.

⁸⁷ *Supra* note 44, arts 2.1–2.3.

Il veille à ce que la politique de consultation élaborée en vertu de l'article 9 comporte des modalités de consultation propres aux communautés autochtones définies dans un esprit de collaboration avec ces communautés.⁸⁸

À la lecture de ces dispositions, il apparaît qu'elles ne cherchent pas à régir des « conflits de lois » ni des « conflits de juridiction », mais qu'elles visent plutôt à obtenir le point de vue des autochtones et, s'il y a lieu, à les accommoder. Dans la mesure où l'avis des peuples autochtones est basé sur leurs règles de droit, il peut s'agir là d'un dialogue internormatif. La consultation est toutefois menée par l'État, selon les conditions qu'il dicte, et n'emporte ni l'obligation d'accommoder les peuples autochtones ni celle — en l'absence de reconnaissance judiciaire de titre ancestral innu — d'obtenir leur consentement⁸⁹. Pour ces raisons, on peut difficilement conclure que les deux ordres juridiques sont mis ici sur un pied d'égalité ou que l'approche retenue est respectueuse du système normatif traditionnel des Innus⁹⁰. De plus, la coexistence des deux ordres juridiques se concrétise de manière indirecte et, peut-être même, à l'insu des agents de l'État qui n'assistent pas nécessairement aux processus décisionnels qui sous-tendent l'avis collectif émis par les représentants de la nation autochtone⁹¹. Au surplus, dans le cadre de ces consultations formelles, seuls sont reconnus les

⁸⁸ *Supra* note 26, arts 6–7.

⁸⁹ Voir *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 6 au para 76. Il faut cependant noter que, même en présence d'un titre ancestral reconnu, l'État peut passer outre l'absence de consentement du groupe autochtone s'il démontre que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (voir *ibid* aux para 76–77, 88).

⁹⁰ Voir par ex les effets des droits des peuples autochtones sur les politiques nordiques du gouvernement du Québec dans Jean Leclair, « L'effet structurant des droits reconnus aux Peuples autochtones sur le débat entourant le Plan Nord » dans Carole Lévesque, Daniel Salée et Ioana Radu, dir, *Les Peuples Autochtones et le Plan Nord : éléments pour un débat*, Cahier DIALOG n°2012-04, Montréal, Réseau de recherche et de connaissances relatives aux peuples autochtones et Institut national de la recherche scientifique, 2012, 65, en ligne (pdf) : *Réseau DIALOG* <reseaudialog.ca> [perma.cc/872P-MUR6]; Doris Farget et Marie-Pier Fullum-Lavery, « La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le Plan Nord ou l'exploitation du Nord québécois : perspective juridique interne et internationale » (2014) 59:3 RD McGill 595.

⁹¹ Ainsi, les débats en assemblée qui précèdent les décisions des Conseils de bande varient en fonction des communautés et des thèmes abordés. Voir notamment Charest, « Prise en charge », *supra* note 84 la p 71 :

D'après ce que nous en savons, la participation des membres des bandes aux affaires communautaires varie beaucoup d'une bande à l'autre. Elle est généralement beaucoup plus forte dans les plus petites que dans les plus grosses. Dans certains cas, comme à La Romaine, toutes les affaires de quelque importance sont débattues en assemblée publique rassemblant une grande partie des membres adultes, hommes et femmes, de la communauté. Dans d'autres cas, comme à Betsiamites, de telles assemblées sont très rares et attirent peu de monde, sauf exception.

avis émis par les représentants autochtones reconnus par l'État — en l'occurrence, les conseils de bande de chacune des Premières nations innues.

L'étude de la common law constitutionnelle nous amène à présenter des conclusions similaires. Alors que l'interprétation judiciaire de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* aurait assez aisément pu faire place aux traditions juridiques autochtones⁹², les juges de la plus haute juridiction canadienne en ont décidé autrement en concluant que la source du titre ancestral était la common law, ainsi que le fait de l'occupation des peuples autochtones (plutôt que les règles de droit autochtone)⁹³. En ce sens, les récits oraux n'ont, dans la jurisprudence de la plus haute cour canadienne, que pour effet de transmettre la perspective autochtone sur les faits de l'espèce — sans toutefois qu'aucune valeur normative ne leur soit reconnue⁹⁴. Il en va de même pour les règles de droit ou coutumes, qui peuvent servir comme élément de preuve de l'occupation requise à l'établissement du titre ancestral⁹⁵.

En revanche, comme cela a été mentionné antérieurement, l'obligation de consulter et de rechercher le consentement des peuples autochtones sont des moyens qui, indirectement, ont le potentiel de tenir compte des traditions juridiques autochtones — bien que ce soit là encore de manière limitée, en raison de la capacité de l'État de contourner les avis et le consentement des peuples autochtones⁹⁶.

Du reste, en se basant sur l'étude des accords de règlement des revendications territoriales globales qui ont lieu ailleurs au Canada, on serait tenté de conclure que les points de contact les plus significatifs se concrétisent dans les négociations et les ententes qui s'ensuivent avec l'État. Au Québec, il semble toutefois en aller autrement, comme l'illustrent les deux exemples qui suivent.

⁹² *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

⁹³ Voir *Nation Tsilhqot'in* (*supra* note 6 au para 50), qui est venue trancher cette question semblant avoir été laissée en suspens depuis l'affaire *Delgamuukw c Colombie-Britannique* ([1997] 3 RCS 1010, 153 DLR (4^e) 193 [*Delgamuukw*]). Voir aussi Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40:3 C de D 591 à la p 599.

⁹⁴ Voir *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 au para 68, 137 DLR (4^e) 289 (les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé sont dissidentes par rapport à la décision finale de la Cour). Voir aussi *Delgamuukw*, *supra* note 93.

⁹⁵ Voir *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 6 aux para 35, 41, 54.

⁹⁶ Voir la décision intéressante de la Cour d'appel du Québec *Corporation Makivik c Québec (PG)*, 2014 QCCA 1455. Le juge Dalphond y explique que, si l'obligation de consulter démontre le devoir de prendre en comptes les intérêts des autochtones, cette obligation est « à géométrie variable » et commande l'ouverture d'esprit nécessaire pour la rendre significative (*ibid* aux para 71–76).

En premier lieu, rappelons que la *Loi sur la conservation de la faune* délègue le pouvoir au gouvernement du Québec de conclure des ententes dites « sectorielles »⁹⁷ avec les peuples autochtones :

Dans le but de mieux concilier les nécessités de la conservation et de la gestion de la faune avec les activités des autochtones exercées à des fins alimentaires, rituelles ou sociales, ou de faciliter davantage le développement et la gestion des ressources fauniques par les autochtones, le gouvernement est autorisé à conclure avec toute communauté autochtone représentée par son conseil de bande des ententes portant sur toute matière visée par les chapitres III, IV et VI.

Les dispositions de ces ententes prévalent sur celles de la présente loi ou de ses règlements. Toute communauté, entreprise ou personne visée par une entente n'est cependant exemptée de l'application des dispositions inconciliables de la présente loi ou de ses règlements que dans la mesure où elle respecte l'entente.

Les ententes conclues en vertu du présent article sont déposées à l'Assemblée nationale dans les 15 jours de leur signature si l'Assemblée est en session ou, sinon, dans les 15 jours de la reprise de ses travaux. Elles sont en outre publiées à la Gazette officielle du Québec.⁹⁸

Deux objectifs sont ici poursuivis par le législateur. D'une part, ces ententes ont pour but de concilier les nécessités de conservation et de gestion de la faune avec les activités des autochtones exercées à des fins alimentaires, rituelles ou sociales (et non d'articuler les interactions entre des ordres juridiques distincts). D'autre part, ces ententes visent à faciliter le « développement » et la « gestion » des ressources *fauniques* par les autochtones. Elles permettent une prise en charge de la gestion de certaines ressources par la nation ou communauté signataire⁹⁹ ou encore la création de comités

⁹⁷ Voir « Ententes conclues » (dernière modification le 17 janvier 2008), en ligne : *Québec, Secrétariat aux affaires autochtones* <www.autochtones.gouv.qc.ca> [perma.cc/7CZG-6CUR].

⁹⁸ *Supra* note 37, art 24.1. Voir aussi *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, *supra* note 26, art 8 (« [l]e gouvernement est autorisé à conclure des ententes avec toute communauté autochtone représentée par son conseil de bande pour faciliter l'exercice et le suivi des activités d'aménagement forestier par les membres d'une communauté et pour soutenir un aménagement durable des forêts »).

⁹⁹ Voir par ex *Entente concernant la conservation et la mise en valeur du saumon atlantique et de l'omble de fontaine anadrome sur la rivière Moisie et ses affluents entre le gouvernement du Québec et le Conseil Innu Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam*, 2016, en ligne (pdf) : *Secrétariat aux relations canadiennes du Québec* <francophonie.sqrc.gouv.qc.ca> [perma.cc/U3LS-MCW3]. Le versement d'une subvention indique la volonté de Québec de « [...] faciliter davantage le développement et la gestion des ressources fauniques par les autochtones » (*Entente entre le Conseil Innu Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam et le gouvernement du Québec relativement à la protection, la recherche biologique et la gestion du saumon atlantique et de l'omble de fontaine anadrome sur la rivière Moisie et le versement par la Société de la faune et des parcs du Québec d'une subvention au Conseil Innu Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam*, D 982-2003, (2003) GOQ II, 4648, préambule).

conjoints (tels que des comités de liaison¹⁰⁰). Les deux objectifs poursuivis par la loi montrent bien que, même lorsqu'il s'agit d'ententes, celles-ci sont ancrées dans les valeurs dominantes et dans la perception qu'a le législateur du territoire (par exemple, la compartimentation de l'espace, le libéralisme, l'anthropocentrisme). Ainsi, l'approche holistique qui caractérise le droit innu n'est pas considérée. De plus, ces objectifs ne réfèrent pas à la conciliation de mesures normatives distinctes, mais plutôt à la conciliation entre les mesures gouvernementales nécessaires à la conservation et la gestion de la faune et la pratique d'activités traditionnelles à des fins prédéterminées (excluant par exemple les fins médicinales ou commerciales). De surcroît, si tant est que les ententes permettent une forme de prise en charge au regard de la gestion de certaines ressources fauniques, il reste que toute mesure de gestion incompatible avec la loi n'est autorisée par l'État que si celui-ci donne préalablement son accord par entente. Enfin, aux termes de la loi, seules les entités politiques reconnues par l'État (c'est-à-dire le conseil de bande) sont aptes à représenter la nation autochtone, écartant alors les formes traditionnelles de gouvernance. La reconnaissance par l'État québécois des normes de gestion de la faune et de celles liées à la pratique d'activités traditionnelles existe bien dans le cadre de ces ententes, mais cette reconnaissance demeure limitée et circonscrite par le pouvoir suprême qu'affirme l'État sur le territoire.

En second lieu, rappelons aussi que les Innus n'ont jamais cédé leurs territoires, mais que leurs droits sur une partie de leurs terres ancestrales ont été éteints unilatéralement dans la foulée de la conclusion de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, et ce, sans compensation¹⁰¹. Le Québec, le Canada et certaines Premières nations innues sont, encore de nos jours, en négociation concernant la reconnaissance politique de leurs droits sur le Nitassinan. Au contraire d'autres accords de règlement des revendications territoriales globales, la version de 2004 du projet négocié d'entente de principe d'ordre général entre les Innus, le Québec et le Canada accorde une place véritablement minimale à l'ordre coutumier innu

¹⁰⁰ Voir par ex *Entente concernant la conservation et la mise en valeur du caribou dans la région de Schefferville entre le gouvernement du Québec et la Nation Innu Matimekush-Lac John*, 3 novembre 2009, art 3, en ligne (pdf) : *Secrétariat aux affaires autochtones* <autochtones.gouv.qc.ca> [perma.cc/LG5T-YV5J].

¹⁰¹ 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] (les parties à cette Convention sont le gouvernement du Québec, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James, la Commission hydroélectrique de Québec (Hydro-Québec), le *Grand Council of the Crees (of Québec)*, la *Northern Quebec Inuit Association* et le gouvernement du Canada); *Loi approuvant la convention de la Baie James et du Nord Québécois*, RLRQ c C-67, art 2; *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, SC 1976-77, c 32, art 3.

dans le domaine foncier¹⁰². En effet, la portée et le cadre d'exercice des droits fonciers sur le Nitassinan (*Innu assi*) sont déterminés au regard du droit étatique (titre aborigène ou droit de propriété)¹⁰³, et l'exercice des activités traditionnelles (*Innu aitun*) est conditionnel à l'adoption de lois et de règlements par la nouvelle entité gouvernementale¹⁰⁴. La conception du territoire, les valeurs et les principes en matière d'accès et de gestion du territoire du projet d'entente sont bien ceux de l'État québécois et non ceux du droit innu¹⁰⁵. En matière de gouvernance, toute référence aux instances traditionnelles innues est complètement évacuée et les conditions de forme et de fond encadrent l'exercice des compétences législatives du gouvernement innu¹⁰⁶. Restera à voir si, dans la pratique, la nouvelle entité gouvernementale innue qui pourrait émerger de ce processus de négociation aurait la capacité législative de mettre en valeur le droit innu de nature coutumière.

Parmi les autres formes d'ententes ayant le potentiel de prendre en compte le droit innu de manière significative et directe, il existe un nombre croissant, au Québec comme ailleurs au Canada, d'ententes sur les répercussions et avantages (ci-après ERA) ou d'ententes apparentées. En effet, il faut bien voir qu'en partie en raison des incertitudes causées par les délais propres aux processus de règlement des revendications territoriales (délais de plus de quinze ans dans près de 70% des cas et de quarante ans dans le cas spécifique des Innus) et des critiques qu'on leur oppose¹⁰⁷, la

¹⁰² Voir *Entente de principe d'ordre général entre les premières nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, 31 mars 2004, en ligne (pdf) : *Secrétariat aux affaires autochtones* <www.autochtones.gouv.qc.ca> [perma.cc/B48Y-JZJQ] [*Entente de principe*]. Le professeur Otis a observé que les accords et les constitutions reconnaissent aux cultures juridiques autochtones une place limitée à des degrés variables (voir Ghislain Otis, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) 54:2 RD McGill 237 à la p 245).

¹⁰³ Voir *Entente de principe*, *supra* note 102, arts 4.2.3–4.2.4.

¹⁰⁴ Voir *ibid.*, art 5.3.1.

¹⁰⁵ Voir *ibid.* aux ch 5–6.

¹⁰⁶ Voir *ibid.* au ch 8.

¹⁰⁷ Voir notamment Christopher Alcantara, « To Treaty or Not to Treaty? Aboriginal Peoples and Comprehensive Land Claims Negotiations in Canada » (2007) 38:2 *Publius* 343; Christopher Alcantara, *Negotiating the Deal: Comprehensive Land Claims Agreements in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2013; Motard, *supra* note 2; Maxime Saint-Hilaire, « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003) 44:3 C de D 395; Paul Nadasdy, *Hunters and Bureaucrats: Power, Knowledge, and Aboriginal-State Relations in the Southwest Yukon*, Vancouver, UBC Press, 2003; Pierrot Ross-Tremblay et Nawel Hamidi, « Les écueils de l'extinction : les Premiers peuples, les négociations territoriales et l'esquisse d'une ère postcoloniale » (2013) 43:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 51; Colin Samson, « Canada's Strategy of Dispossession: Aboriginal Land and Rights Cessions in Comprehensive Land Claims » (2016) 31:1 *RCDS* 87; Colin Samson et Elizabeth Cassell, « The Long Reach of Frontier Justice: Canadian Land Claims 'Negotiation' Strategies as Human Rights Violations » (2013) 17:1 *Intl JHR* 35.

négoce d'ententes portant sur la gouvernance territoriale ne relève plus, depuis plusieurs années, du ressort exclusif de l'État. À travers le Canada, les peuples autochtones ont, depuis le début des années 1990, conclu des centaines d'ententes avec des entreprises (ou organismes publics) d'exploitation des ressources naturelles et d'énergie, contribuant ainsi à l'émergence de nouveaux modes de régulation. Bien qu'elles aient émergé dans le secteur des mines, les ERA se sont étendues aux autres secteurs et ont généralement pour objet :

[...] d'atténuer les répercussions des projets de développement [...] sur les collectivités autochtones et leur environnement, d'instaurer des rapports formels entre les Autochtones et l'industrie et d'aménager la participation des Autochtones à l'économie [...], notamment par la voie de programmes de formation, de garanties d'emplois, de préférences dans l'octroi des contrats et de compensations financières [notes omises].¹⁰⁸

Plusieurs raisons expliquent l'émergence des ERA dans le paysage juridique : inadéquation des politiques publiques, besoins socio-économiques des communautés ou volonté d'atténuer les « risques sociaux » associés à un projet. En dépit des avantages qu'elles procurent, les ERA sont sujettes à plusieurs critiques, notamment en ce qui concerne l'asymétrie des rapports de force dans les négociations, l'absence de réponse adéquate aux besoins des communautés ou encore leur incapacité à diminuer les effets négatifs des projets qu'elles autorisent sur la condition des femmes autochtones¹⁰⁹. De plus, de nombreuses questions demeurent sans réponse quant au cadre juridique applicable avant, pendant et après la négociation des ERA¹¹⁰. Après tout, ces ententes et les négociations préalables sont très peu encadrées, d'une part, par le droit étatique et, d'autre part, par les traditions juridiques autochtones dont l'application aux tiers est minée par l'imposition du droit étatique. Ainsi, sauf exception, les ERA sont conclues volontairement sans contrainte particulière venant de l'État, ce qui pose à la fois des enjeux fondamentaux de gouvernance territoriale et de justice négociée, ces ententes étant « [...] *to a material extent the result of negotiations*

¹⁰⁸ Thériault, *supra* note 30 à la p 242.

¹⁰⁹ Voir notamment Bonnie Campbell et Myriam Laforce, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective » (2010) 40:3 *Recherches amérindiennes* au Q 69; Cathleen Knotsch, Peter Siebenmorgen et Ben Bradshaw, « Les "Ententes sur les répercussions et les avantages" et le bien-être des communautés : des occasions ratées? » (2010) 40:3 *Recherches amérindiennes* au Q 59; Patricia Hania, « Revitalizing Indigenous Women's Water Governance Roles in Impact and Benefit Agreement Processes Through Indigenous Legal Orders and Water Stories » (2019) 60:2 *C de D* 519.

¹¹⁰ Voir Thériault, *supra* note 30. Voir aussi le numéro thématique consacré à cette question dans les *Cahiers de droit : Négocier le territoire : les ententes sur les répercussions et les avantages* (2019) 60:2 *C de D* 323.

rather than the product of adjudication, administrative decision making, or purely private, individual decision making » [notes omises]¹¹¹.

Une des critiques fréquemment avancées à l'encontre des ERA porte sur leur caractère confidentiel, qui a notamment pour effet d'en limiter l'accès et, dès lors, leur examen critique¹¹². Chez les Innus, trois ententes ou projets d'entente rendus publics peuvent être examinés afin de vérifier la mesure dans laquelle ils prennent en compte le droit innu¹¹³. Nous prenons ici l'exemple de l'entente conclue avec *Tata Steels Minerals Canada*.

D'abord, il est intéressant de noter que, dans l'*Entente Tata Steel*, les parties identifiées reconnaissent des éléments de la structure politique propre aux Innus — c'est-à-dire hors du régime de la *Loi sur les Indiens*. En effet, dès la première page de l'entente, il est stipulé que les parties comprennent :

Les Uashaunnuat, soit les Innus de Uashat et de Mani-Utenam, y compris les familles traditionnelles innues de Uashat et de Mani-Utenam, représentés par Innu Takuaiikan Uashat Mak Mani-Utenam [...], et

La Bande des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, composée de certaines bandes traditionnelles, particulièrement les bandes des rivières Sainte-Marguerite et Moisie, et une bande au sens de la Loi sur les Indiens, également représentés par ITUM [...].¹¹⁴

Le préambule indique également que « les familles uashaunnuat et particulièrement les familles les plus directement touchées » ont donné leur consentement à l'entente et ont autorisé l'ITUM à les représenter¹¹⁵.

¹¹¹ David Szablowski, « Operationalizing Free, Prior, and Informed Consent in the Extractive Industry Sector? Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice » (2010) 30:1/2 Can J Development Studies 111 à la p 113.

¹¹² Sur la question de la transparence, voir Chris Hummel, « Behind the Curtain, Impact Benefit Agreement Transparency in Nunavut » (2019) 60:2 C de D 367.

¹¹³ Voir *Entente sur les répercussions et les avantages (ERA) conclue entre les Uashaunnuat et la Bande des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, représentés par Innu Takuaiikan Uashat Mak Mani-Utenam et ArcelorMittal Mines Canada*, 22 février 2012; *Entente sur les répercussions et les avantages (ERA) conclue entre les Uashaunnuat et la Bande des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, représentés par Innu Takuaiikan Uashat Mak Mani-Utenam et Labrador Iron Mines Holding et al*; *Entente sur les répercussions et les avantages conclue entre les Uashaunnuat et la Bande des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, représentés par Innu Takuaiikan Uashat Mak Mani-Utenam et Tata Steel Minerals Canada* [*Entente Tata Steel*]. Les copies informelles d'ententes ou de projets d'entente ont été obtenues à la suite de leur diffusion dans les médias et non par l'intermédiaire des parties, tenues à des engagements en matière de confidentialité (voir Anne Panasuk, « La bataille d'Innus contre la minière Iron Ore » (4 septembre 2014), en ligne : *Radio-Canada* <ici.radio-canada.ca> [perma.cc/M6GP-2XT7]).

¹¹⁴ *Entente Tata Steel*, *supra* note 113 à la p 1.

¹¹⁵ *Ibid.*, préambule.

En outre, l'entente assure la protection de l'exercice d'activités traditionnelles dans leur forme historique et contemporaine. Elle prévoit des mesures spéciales visant à protéger des zones sensibles ayant une grande importance culturelle et spirituelle pour les Uashaunnuat¹¹⁶; prévoit des mesures de précaution et de prévention afin de mitiger les impacts environnementaux, mais aussi sociaux, culturels et spirituels de toute activité de développement réalisée dans les zones sensibles¹¹⁷; prévoit des mesures de réparation juste et équitable en cas d'impossibilité pour les Uashaunnuat d'accéder aux zones sensibles¹¹⁸; prévoit des mesures de consultation¹¹⁹; et veille à la protection de la culture et des valeurs des Uashaunnuat dans le cadre des conditions de travail¹²⁰.

En revanche, l'entente affirme clairement être régie exclusivement par les lois québécoises et fédérales applicables et confirme que les tribunaux canadiens ont une compétence exclusive¹²¹. En ce qui concerne la langue des travailleurs, les mesures linguistiques n'assurent pas la protection de la langue innue, mais affirment plutôt de la nécessité, pour l'employeur, de connaître le français¹²². Les horaires de travail (rotation) doivent être conformes aux exigences de l'exploitation, mais doivent dans la mesure du possible permettre aux Innus d'exercer leurs activités traditionnelles et de remplir « des engagements communautaires coutumiers similaires », ce qui constitue une référence aux règles sociétales¹²³. L'entente affirme que le travail doit s'effectuer dans un cadre qui soit réceptif aux valeurs sociales et culturelles innues et qui les protège¹²⁴. Les mesures de protection concrètes sont cependant à première vue lacunaires : la langue innue peut être prohibée pour des questions de santé et de sécurité¹²⁵; la mise en place de congés culturels se fait au détriment des vacances des employés ou est considérée comme la mise en place d'un congé sans solde; l'aspect communautaire n'est pas pris en compte, puisqu'il n'est pas possible pour plus de deux employés de s'absenter en même temps; les congés sont limités à un maximum de sept jours, lesquels doivent être consécutifs¹²⁶. Or, cela inclut la

¹¹⁶ Voir *ibid*, art 4.4.

¹¹⁷ Voir *ibid*, art 4.4(c).

¹¹⁸ Voir *ibid*, art 4.4(d).

¹¹⁹ Voir *ibid*, art 4.4(a).

¹²⁰ Voir *ibid*, art 7.1 et s.

¹²¹ Voir *ibid*, art 1.16.

¹²² Voir *ibid*, art 6.8(e).

¹²³ Voir *ibid*, art 7.5.

¹²⁴ Voir *ibid*, art 7.3.

¹²⁵ Voir *ibid*, arts 6.8, 7.3(d).

¹²⁶ Voir *ibid*, art 7.6.

chasse à l'outarde¹²⁷ qui a lieu au printemps. L'entente interdit la chasse à tous les employés, sauf les Innus et les autres Premières Nations¹²⁸. Cela étant, l'entreprise doit faciliter l'alimentation traditionnelle en permettant l'accès aux lieux d'entreposage du traiteur¹²⁹. Le traiteur, lui, doit autant que possible intégrer des aliments issus de la nature. Enfin, le chapitre 9 prévoit différentes mesures concernant la participation des Innus — incluant les familles qui détiennent des lots de trappe affectés par le projet ainsi que les aînés — dans les décisions en lien avec la protection de l'environnement et la prise en compte du savoir traditionnel¹³⁰. La création d'un fonds, bénéficiant notamment aux familles les plus touchées, est également prévue pour assurer la continuation des activités traditionnelles des Innus¹³¹. Ces références aux rôles des familles et des aînés, de même qu'au savoir traditionnel, sont sans doute les références les plus claires et directes aux structures juridiques innues, telles qu'elles existent hors du cadre de la *Loi sur les Indiens*. Reste alors à évaluer, dans la pratique, le rôle concret réservé à ces acteurs et la prise en compte de leur parole dans les décisions de l'entreprise.

III. Quelques réflexions sur les réformes contribuant à la décolonisation du droit québécois

Il nous a semblé important, dans les deux premières parties de ce texte, de débusquer certaines stratégies juridiques contribuant à la dépossession politique et territoriale des peuples autochtones au Québec. En ce sens, le droit à l'autodétermination des peuples autochtones doit constituer le cœur de toute réflexion sur la réforme du droit étatique, lequel nécessite que l'État fasse place aux structures politiques et juridiques autochtones. La réforme des lois étatiques concernant les règles de droit relatives au territoire peut, selon nous et de manière non exhaustive, s'appuyer sur deux grands volets : un volet se rapportant à la reconnaissance symbolique (section A), d'une part, et un volet se rapportant aux changements systémiques (section B), d'autre part.

A. *L'espace innu doit être visible : dans les lois de l'État et sur le territoire*

Certaines mesures marquant l'ouverture de l'État au pluralisme juridique peuvent contribuer à valoriser la territorialité innue et à rétablir l'égalité des rapports entre les ordres juridiques, tendant de ce fait à con-

¹²⁷ Voir *ibid*, art 7.7.

¹²⁸ Voir *ibid*, art 7.13.

¹²⁹ Voir *ibid*, art 7.11.

¹³⁰ Voir *ibid*, arts 9.1, 9.4, 9.12, 9.25–9.28.

¹³¹ Voir *ibid*, art 11.2.

trer l'invalidation dont les ordres juridiques autochtones ont fait l'objet historiquement. Ces mesures n'entraînent pas nécessairement de changements en profondeur des lois, mais elles peuvent néanmoins avoir pour effet de promouvoir une meilleure égalité des ordres juridiques étatiques et autochtones. Il s'agit dès lors de pistes de solutions que nous qualifierions de minimales, inspirées d'une forme limitée de pluralisme juridique (« *weak pluralism* »¹³²), puisqu'elles ne remettent pas en question le cadre étatique. Ainsi, en plus de la revitalisation des structures politiques autochtones et du respect du droit à l'autodétermination et à l'autonomie (qui sont à notre avis les moyens à privilégier), d'autres catégories de mesures moins explorées dans la doctrine peuvent être prises par le législateur en vue d'accroître la place qu'occupent les ordres juridiques autochtones dans l'espace public. Ces mesures, si elles ne changent pas fondamentalement l'ordre des choses, nous semblent néanmoins nécessaires pour protéger les droits fonciers et les territorialités autochtones conformément au droit à l'égalité en matière de propriété — comme cela a été développé en droit international et régional¹³³.

Le législateur et les autorités gouvernementales pourraient commencer par mettre en valeur — sur le territoire et dans le respect de la volonté des communautés concernées — les langues et la toponymie autochtones, en mettant par exemple en évidence les démarcations (souples ou fixes) des territoires nationaux et familiaux¹³⁴. Ces délimitations, connues des membres des communautés, sont déjà fréquemment indiquées sur des cartes sous

¹³² Piccoli, Motard et Eberhard, *supra* note 10 aux pp 9, 15.

¹³³ Kirsty Gover, "Equality and Non-Discrimination in the UNDRIP: Articles 2, 6, and 7(1)" dans Jessie Hohmann et Marc Weller, dir, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 179, à la p. 188 ("In the last several decades, however, non-discrimination norms have emerged as the justificatory basis for the recognition and protection of Indigenous *property rights* by domestic and regional courts" [italiques dans l'original]).

¹³⁴ Rappelons que la reconnaissance des délimitations traditionnelles fait partie des obligations des États imposées à l'échelle régionale. Par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a demandé à l'État d'adopter des mesures législatives, administratives ou toute autre mesure afin de créer des mécanismes efficaces « *for delimitation, demarcation, and titling of the property of indigenous communities, in accordance with their customary law, values, customs and mores* » (*Affaire Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community (Nicaragua)*) (2001), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 79 au para 164 [*Awas Tingni*]). Par ailleurs, cet arrêt de principe fonde la protection internationale des droits fonciers ancestraux des peuples autochtones. La Cour interaméricaine met depuis de l'avant « une approche interprétative qui mobilise les traditions juridiques des peuples autochtones dans la définition même de la propriété en tant que concept ou catégorie du droit international. C'est ainsi que la coutume autochtone devient une source matérielle du droit des gens » (Ghislain Otis, « Coutume autochtone et gouvernance environnementale dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme » (2010) 20 J Envtl L & Prac 233 à la p 253).

forme de territoires fixes ou de lieux fréquentés¹³⁵. À ce propos, l'identification sur le territoire des noms des lieux sacrés ainsi que des lieux importants pour les individus et les communautés aurait pour effet significatif de rappeler l'occupation passée et contemporaine du territoire par les membres des communautés innues, mettant à mal dans l'esprit du grand public l'idée que le Québec était *terra nullius* à l'arrivée des colons¹³⁶. La présence de lieux partagés ou fréquentés par plusieurs nations ne pose ici pas problème : les toponymes, les langues, les histoires liés à ces endroits peuvent être, selon les volontés des communautés de les rendre visibles, indiqués sur des affiches informatives invitant le grand public et les membres des communautés à connaître et à prendre soin de ces endroits¹³⁷.



Signalisation routière indiquant les limites des *Ahupua'a* — districts territoriaux traditionnels des Kanaka Maolis. Île d'Oahu, État d'Hawaïi (États-Unis).

Crédit photo :
Jocelyn Tremblay, 2018.

Au-delà de ce marquage du territoire, la division du territoire québécois pourrait également correspondre aux divisions territoriales autochtones. Cette nouvelle division des terres québécoises ferait alors prendre connaissance des effets cumulatifs d'un nombre soutenu de « petits projets de développement » qui affectent les terres autochtones tout autant que les « grands projets de développement ». Le modèle forestier adapté mis en place à la suite de la négociation de l'Accord de 2002 entre le Gouvernement

¹³⁵ Voir Brian Gettler, « Les autochtones et l'histoire du Québec : au-delà du négationnisme et du récit "nationaliste-conservateur" » (2016) 46:1 Recherches amérindiennes au Q 7.

¹³⁶ Voir Salmon, *supra* note 25, *sub verbo* « *terra* ou *territorium nullius* » (« [t]erme désignant, à l'époque de la colonisation, un territoire sur lequel aucun État n'exerçait sa souveraineté et qui, par suite, était considéré comme susceptible d'acquisition par un État quelconque par voie d'occupation »).

¹³⁷ Pour un exemple de projet communautaire allant en ce sens, voir « Ko'olaupoko Ahupua'a Boundary Marker Project begins on the Windward side », *The Hawaii Independent* (27 janvier 2011), en ligne : <thehawaiiindependent.com> [perma.cc/5CYD-9YRG].

du Québec et le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) (aujourd'hui nommé Gouvernement de la Nation crie) constitue un modèle en ce sens¹³⁸.

Dans les lois, divers mécanismes de reconnaissance des droits fonciers et des territorialités autochtones peuvent être utilisés. La reconnaissance de la personnalité juridique de certains éléments dits « naturels », comme les rivières, est une solution que retiennent de plus en plus les États et qui fait écho à la doctrine qui s'est penchée sur des propositions de même nature¹³⁹. Dans ces cas, il est possible de désigner un gardien ayant le mandat d'assurer le respect des droits de cet être animé¹⁴⁰. La professeure Iorns Magallanes, rappelant les différentes conceptions du monde et de la nature qui divisent Maori et Néo-Zélandais, s'exprime en ces termes au sujet de la reconnaissance de la personnalité juridique à une rivière :

*These examples from New Zealand illustrate ways in which the law can be used to implement and incorporate indigenous cosmologies with a Western society and legal system and better protect the natural environment in the process. I suggest that it may even alter the mainstream constructions of nature, through normalizing the indigenous constructions. Thus, the protection of indigenous rights to culture and religion could better protect a healthy environment for everyone.*¹⁴¹

L'incorporation de principes fondamentaux du droit autochtone à même le droit de l'État, contribuant ainsi à la formation de la mixité du droit étatique et autochtone, est aussi une technique à laquelle on pourrait avoir recours, comme c'est le cas à Hawai'i dans le domaine de la gestion de l'eau. Dans cet État, intégré aux États-Unis d'Amérique par annexion unilatérale à la suite du renversement de la monarchie hawaïenne¹⁴², le principe du fiduciaire public est cardinal à toute la réglementation sur l'eau. Cela s'explique par la rareté de l'eau douce, laquelle a été et demeure une ressource fort précieuse dans cet archipel du Pacifique. Or, il est connu que ce principe constitutionnel provient du droit hawaïen et ne se trouve pas dans le droit des autres États américains ni en droit fédéral américain. Cet exemple montre que l'enrichissement du droit étatique par l'ajout de principes issus du droit autochtone est faisable et que cela peut être avantageux pour la société dominante et pour les sociétés autochtones. Ainsi, l'intégration du principe selon lequel l'État et d'autres acteurs, comme les chefs de territoire, seraient responsables de prendre soin du territoire pourrait être

¹³⁸ Voir *Décret concernant la publication de l'Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, RLRQ c M-35.1.2, r 1, art 3.7 et s.

¹³⁹ Voir notamment John Borrows, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002 à la p 22.

¹⁴⁰ Voir Iorns Magallanes, *supra* note 52 aux pp 324–27.

¹⁴¹ *Ibid* à la p 275.

¹⁴² Voir Liliuokalani, *Hawaii's Story By Hawaii's Queen*, Honolulu, Mutual Publishing, 2016 (la version originale de cet ouvrage date de 1898).

une des manières d'assurer la coexistence et la cohérence des deux systèmes, tout en valorisant les principes juridiques autochtones. L'intégration de ce principe fait écho à plusieurs valeurs découlant de la mise en œuvre du principe de développement durable et pourrait dès lors renforcer ce dernier à l'avantage de tous¹⁴³. En plus de l'intégration de ce principe, il serait possible de reconnaître une place formelle aux chefs de territoire et aux détenteurs du savoir traditionnel dans le droit étatique, tout en assurant l'obligation de prise en compte de ce savoir dans les processus décisionnels. Ici, les travaux sur les équivalences homéomorphes pourraient devenir fort utiles.

Dans ces modèles de reconnaissance, il convient de ne pas sous-estimer le pouvoir des acteurs du droit, dont les juges, d'interpréter — et de réinterpréter — l'ordre normatif autochtone auquel fait référence le droit étatique, ce qui peut avoir (et a, de fait, dans le passé eu) pour conséquence de le déformer¹⁴⁴. En Nouvelle-Zélande, par exemple, des séances de formation des magistrats ont été mises sur pied pour assurer le respect de la territorialité maori¹⁴⁵. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une garantie contre tout

¹⁴³ L'adoption de la *Loi sur le caractère collectif des ressources en eau* (*supra* note 31), telle que parue le 11 juin 2009, est une étape importante dans l'évolution du droit de l'environnement québécois de par les principes que cette loi met de l'avant, notamment ceux de patrimoine commun et d'État gardien que l'on peut retrouver au sein de son préambule. La notion de patrimoine commun a un statut particulier, se trouvant inscrite à l'article 1 (voir *ibid*, art 1), alors que celle d'État gardien n'est mentionné qu'accessoirement à son article 8 (voir *ibid*, art 8). À ce sujet, voir Raphaëlle Groulx-Julien, « Les notions d'État gardien et d'État fiduciaire dans la *Loi sur l'eau* », note de recherche, (2009) aux pp 2–3, en ligne (pdf) : Université Laval <www.crcde.ulaval.ca> [perma.cc/6XLB-DAHJ]. Voir aussi Paule Halley et Christine Gagnon, « Les réformes du droit de l'eau au Québec : un patrimoine commun et son État gardien » dans Paule Halley et Julia Sotousek, dir, *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien : aspects juridiques nationaux, transnationaux et internationaux*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, 225; Suzanne Comtois et Bianca Turgeon, « L'eau, chose commune à l'usage de tous : l'État québécois a-t-il les moyens de donner effet à ce statut? » (2010) 51:3/4 C de D 617; Hugo Tremblay, « La gestion économique de l'eau souterraine par le droit de propriété au Québec » (2008) 38:2 RDUS 483; François-Xavier Fort, « L'État fiduciaire et l'obligation de protéger l'environnement » dans Paule Halley et Julia Sotousek, *supra* note 143, 159 aux pp 169–70.

¹⁴⁴ Voir notamment Otis, « Figures », *supra* note 11 aux pp 13–15; Kent McNeil, « Reduction by Definition: The Supreme Court's Treatment of Aboriginal Rights in 1996 » (1997) 5:3/4 Can Watch 60; Ghislain Otis, « Constitutional recognition of aboriginal and treaty rights: a new framework for managing legal pluralism in Canada? » (2014) 46:3 J Leg Pluralism & Unofficial L 320.

¹⁴⁵ « [T]wo of the judges of the Māori Land Court hold alternate warrants to sit and hear cases on it. The Environment Court is continuing to build its own capacity through training and the experience of hearings commissioners knowledgeable in Māori issues to deal with matters of kaitiakitanga and the relationship, culture and traditions that Māori have with their ancestral lands, water, sites, waahi tapu and other taonga » (New Zealand Human Rights Commission, « Human Rights in New Zealand » (2010) à la p 47, en

risque de déformation non souhaitée, la participation des acteurs autochtones à l'interprétation de leur droit demeure néanmoins un moyen à privilégier afin d'assurer le respect et l'évolution des principes issus des traditions juridiques autochtones. En ce sens, le rôle des chefs de territoire dans les prises de décision eu égard à l'accès et à la gestion du territoire doit être repensé. À Hawai'i, des juges Kānaka Maoli contribuent, par leurs décisions et par leur interprétation de la Constitution hawaïienne, à renforcer le principe de fiduciaire public comme principe directeur du droit de l'eau dans cet État¹⁴⁶. Le rôle névralgique que jouent les Autochtones dans l'appareil judiciaire de l'État devient ici évident¹⁴⁷.

Un autre mécanisme de coexistence consiste à incorporer le droit autochtone à même le droit de l'État sans le définir, ou à faire un renvoi au droit autochtone dans la législation étatique. Ce modèle existe au Canada dans au moins une entente de règlement des revendications territoriales globales en matière de critères d'identité¹⁴⁸. Lorsque de tels renvois ou incorporations ont lieu, il est utile de mener une réflexion sur les conflits de

ligne (pdf) : *Human Rights Commission* <www.hrc.co.nz> [perma.cc/J3FS-3BHB]. Iorns Magallanes rappelle aussi que

[t]he requirement to effectively follow Maori cultural tradition in application of the Act has required the judges of the Maori Land Court to hear evidence — often in Maori — about relevant cultural traditions and to be well versed in Maori culture. Most Maori Land Court judges are now accordingly Maori themselves and are fluent Maori language speakers (supra note 52 à la p 303, n 145).

¹⁴⁶ Sur le principe de fiduciaire public à Hawai'i, voir notamment *McBryde Sugar Co v Robinson*, 54 Haw 174, 504 P (2d) 1330 (Hawaii Sup Ct 1973); *Robinson v Ariyoshi*, 65 Haw 641, 658 P (2d) 287 (Hawaii Sup Ct 1982); John Castle et Alan Murakami, « Water Rights » dans Melody Kapilialoha MacKenzie, dir., *Native Hawaiian Rights Handbook*, Honolulu, Native Hawaiian Legal Corporation, 1991, 149 aux pp 161, 167; D Kapua'ala Sproat, « From Wai to Kānāwai: Water Law in Hawai'i » dans Melody Kapilialoha MacKenzie, Susan K Serrano et D Kapua'ala Sproat, *Native Hawaiian Law: A Treatise*, Honolulu, Kamehameha Publishing, 2015, 522 aux pp 534–38. Voir aussi Hawaii Const art XI, § 7 :

The State has an obligation to protect, control and regulate the use of Hawaii's water resources for the benefit of its people. The legislature shall provide for a water resources agency which, as provided by law, shall set overall water conservation, quality and use policies; define beneficial and reasonable uses; protect ground and surface water resources, watersheds and natural stream environments; establish criteria for water use priorities while assuring appurtenant rights and existing correlative and riparian uses and establish procedures for regulating all uses of Hawaii's water resources [nos soulignements].

¹⁴⁷ Il faut néanmoins prendre garde ici aux risques d'essentialiser les Autochtones et leurs traditions (voir notamment Justin B Richland, « Hopi Tradition as Jurisdiction: On the Potentializing Limits of Hopi Sovereignty » (2011) 36:1 Law & Soc Inquiry 201 à la p 204).

¹⁴⁸ Voir *Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 25 mai 1993, arts 35.1.1, 35.3.1(c), en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada*

lois potentiels (cumul ou option des droits, prépondérance) et de leurs effets sur le respect du principe d'autonomie¹⁴⁹. Du coup, par souci de transparence, de bonne gouvernance et d'opposabilité aux tiers, les communautés gagneraient à publiciser leurs lois¹⁵⁰.

Indépendamment des moyens officiels retenus pour reconnaître la normativité autochtone, les acteurs du droit jouent un rôle de premier plan pour assurer au mieux une coexistence non hégémonique des traditions juridiques. En effet, au-delà des obligations formelles qui leur sont imposées, les acteurs du droit étatique facilitent (ou empêchent), dans la pratique et ceci de manière tout à fait informelle, une juste reconnaissance des acteurs, savoirs et normativités autochtones¹⁵¹. Tel que cela a déjà été mis en lumière par la Commission de vérité et réconciliation¹⁵², la formation adéquate des acteurs du droit étatique constitue un élément clé de la coexistence des traditions juridiques autochtones et étatiques¹⁵³.

<publications.gc.ca> [perma.cc/7DXD-R6T2]; *Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, LC 1993, c 29. Pour des exemples de limites à cette technique à laquelle on a aussi eu recours dans le cadre de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, voir Sébastien Grammond, « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik : un cas de réception de l'ordre juridique inuit? » (2008) 23:1/2 RCDS 93 aux pp 108–19 [Grammond, « Appartenance »].

¹⁴⁹ Voir Motard, *supra* note 2; Ghislain Otis, « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel » (2014) 55:3 C de D 583.

¹⁵⁰ Comme l'observe Sébastien Grammond, ce passage à l'écrit est généralement une exigence préalable à la reconnaissance des ordres juridiques autochtones par l'État, qui y voit une manière d'assurer la certitude et la prévisibilité du droit et, donc, un traitement équitable entre les personnes (voir Grammond, « Appartenance », *supra* note 148 à la p 110).

¹⁵¹ Voir Étienne Le Roy, « Pourquoi, en Afrique, “le droit” refuse-t-il toujours le pluralisme que le communautarisme induit? » (2016) 40:2 *Anthropologie & Soc* 25; Piccoli, Motard et Eberhard, *supra* note 10 à la p 17; Anne Fournier, « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique » (2011) 41:2 *RGD* 703; Christoph Eberhard, « Au-delà de l'universalisme et du relativisme : l'horizon d'un pluralisme responsable » (2009) 33:3 *Anthropologie & Soc* 79 aux pp 79–83.

¹⁵² La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* du 8 mai 2006 prévoyait notamment l'établissement de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada afin de faciliter la réconciliation entre les anciens élèves des pensionnats indiens, leurs familles, leurs collectivités et tous les Canadiens, en ligne (pdf) : *Règlement relatif aux pensionnats indiens* <www.residentialschoolsettlement.ca> [perma.cc/B6AG-84AF].

¹⁵³ En 2015, la Commission de vérité et réconciliation du Canada a publié son rapport final qui comprend 94 appels à l'action et recommandations. Le rapport final est contenu dans plusieurs volumes. Dans le volume comprenant les appels à l'action, il est précisé la recommandation n° 28 :

Nous demandons aux écoles de droit du Canada d'exiger que tous leurs étudiants suivent un cours sur les peuples autochtones et le droit, y compris en ce qui a trait à l'histoire et aux séquelles des pensionnats, à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, aux traités et aux droits

Les mécanismes de reconnaissance sont nombreux et, sans vouloir ni pouvoir en faire ici une présentation exhaustive, il importe de noter que le démarrage de toute initiative en ce sens ne peut se faire sans le concours, l'impulsion ni la volonté des premiers intéressés. En effet, les savoirs et connaissances traditionnels font parfois l'objet d'interdits, notamment quant à leur caractère public, et les décisions étatiques doivent prendre garde de ne pas en tenir rigueur aux peuples autochtones¹⁵⁴. Il demeure qu'en vertu du droit international et régional, la reconnaissance des traditions juridiques autochtones, incluant en matière territoriale, est une obligation. Cette obligation peut prendre diverses dimensions, par exemple le droit à la non-discrimination, le droit à l'égalité et le droit à l'environnement¹⁵⁵.

Enfin, les lois québécoises nous semblent devoir faire l'objet d'autres modifications, qui auraient pour but non pas d'ouvrir l'État aux traditions juridiques autochtones (action positive), mais plutôt d'éliminer (action négative) les formes subsistantes de négation des droits fonciers des autochtones. Il s'agit en d'autres termes de rendre le droit québécois conforme aux

des Autochtones, au droit autochtone de même qu'aux relations entre l'État et les Autochtones. À cet égard, il faudra, plus particulièrement, offrir une formation axée sur les compétences pour ce qui est de l'aptitude interculturelle, du règlement de différends, des droits de la personne et de la lutte contre le racisme (Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Rapport final de la Commission sur la vérité et la réconciliation du Canada*, vol 6 : Pensionnats du Canada : la réconciliation, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015 à la p 257).

C'est notamment dans cet esprit que le Laboratoire de recherche en droit autochtone (*Indigenous Law Research Unit*) à l'Université de Victoria a vu le jour (voir Motard et Lainé, « Entretien », *supra* note 7 à la p 198; Val Napoleon et Hadley Friedland, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories » (2016) 61:4 RD McGill 725 aux pp 732, n 25, 752, n 95).

¹⁵⁴ Ces interdictions ont parfois des conséquences malheureuses eu égard à la protection des droits territoriaux. En effet, la protection constitutionnelle des droits ancestraux et la portée des obligations constitutionnelles de la Couronne sont tributaires des preuves présentées au tribunal par le groupe autochtone (voir *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54).

¹⁵⁵ Voir par ex *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989, C169 OIT art 14; *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Rés AG 2106A (XX), Doc off AG NU, 20^e sess, supp n° 14, Doc NU A/6181 (1965) 50 art 5(d)(v) [CEDR]; *Convention américaine relative aux droits de l'homme* : « Pacte de San José de Costa Rica », 22 novembre 1969, 17955 RTNU 123 arts 1(1), 21 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978) [CADH] (interprétés par la Cour et la Commission dans *Awas Tingni*, *supra* note 134; *Maya Indigenous communities of the Toledo district c Belize* (2004), Inter-Am Comm HR, No 40/04; *Affaire Yakye Axa Indigenous Community (Paraguay)* (2005), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 125; *Affaire Sawhoyamaxa Indigenous community (Paraguay)* (2006), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 146 [Sawhoyamaxa]; *Affaire Saramaka People (Suriname)* (2007), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172; *Recommandation générale sur les droits des populations autochtones, adoptée par le Comité à la 1235^e séance, le 18 août 1997*, Doc off HCDG, 52^e sess, annexe V, Doc NU A/52/18 (1997) 130 [Recommandation sur les droits des populations autochtones]).

normes internationales en matière de protection contre la discrimination, laquelle s'applique aussi aux questions de propriété¹⁵⁶.

B. Une étape essentielle dans le processus de décolonisation : éliminer les formes de négation des droits en matière de propriété

Certaines lois québécoises demeurent fondées sur le principe de *terra nullius*, c'est-à-dire que seules y sont reconnues la propriété publique ou privée et qu'elles excluent de leur champ de protection les tenures foncières autochtones. Or, en plus de la modification de certaines lois et politiques permettant la reconnaissance de règles, acteurs et principes issus du droit autochtone, il nous paraît manifeste que ces conceptions proprement coloniales doivent être dépassées au profit d'une approche de reconnaissance véritable des droits fonciers autochtones. Cela nous semble être une position conforme aux règles de droit interaméricain et international, lesquelles confirment que toutes les formes de propriété doivent recevoir la protection de la loi en toute égalité¹⁵⁷. Au même effet, les articles 6 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵⁸ du Québec (ci-après *Charte québécoise*) devraient être interprétés de manière à ce que toutes les formes

¹⁵⁶ La Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré l'absence de protection des droits fonciers autochtones comme étant une forme de discrimination dans l'affaire *Awas Tingni* (*supra* note 134 au para 140(b)). Le Comité de la *CEDR* demande

aux États parties de reconnaître et de protéger le droit des populations autochtones de posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires communaux et, lorsqu'ils ont été privés des terres et territoires qui, traditionnellement, leur appartenaient ou, sinon, qu'ils habitaient ou utilisaient, sans leur consentement libre et informé, de prendre des mesures pour que ces terres et ces territoires leur soient rendus (*Recommandation sur les droits des populations autochtones, supra* note 155 au para 5).

Ce même Comité « tire du concept de non-discrimination l'obligation pour les États de reconnaître et de protéger les tenures foncières collectives des autochtones sur leurs terres traditionnelles » [nos italiques] (Ghislain Otis, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2009) 39:1/2 *Recherches amérindiennes au Q* 99 à la p 100). En effet, l'article 5(d)(v) de la *CEDR*, demande à ce que les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi, dans la jouissance du droit de toute personne, aussi bien seule qu'en association, à la propriété (voir *CEDR, supra* note 155, art 5(d)(v)).

¹⁵⁷ Voir *CADH, supra* note 155, art 1(1); *Sawhoyamaya, supra* note 155 au para 120.

¹⁵⁸ RLRQ c C-12, arts 6, 10 [*Charte québécoise*] (l'article 6 prévoit que « [t]oute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi »). Concernant la protection de la propriété voir généralement arts 947–52 CcQ.

de propriété soient protégées en toute égalité et ce, sans égard à la condition sociale¹⁵⁹, à la race, à la couleur, ou à l'origine ethnique. Or, il semble que l'interprétation de l'article 6 pose certaines difficultés à cet égard¹⁶⁰. Nous sommes toutefois d'avis, à l'instar du professeur Otis, que cette disposition peut difficilement s'interpréter comme assurant une protection moindre aux biens fonciers autochtones qu'à la propriété privée reconnue par le droit civil sur la seule base du critère de l'autochtonité¹⁶¹. Reste que la protection, sans discrimination, de toutes les formes de propriété aurait des effets non négligeables au Québec. Tout d'abord, les dispositions du C.c.Q. sur la propriété vacante ou la publicité des titres, le régime de *free mining* établi par la *Loi sur les mines*¹⁶² ainsi que les dispositions sur les terres de la Couronne ne seraient *a priori* pas conformes à la *Charte québécoise*¹⁶³ et devraient, à notre avis, faire l'objet de réformes de manière à éliminer toute présomption que le Québec était, à un moment ou un autre de son histoire politique, *terra nullius*. Cela pourrait impliquer, par

¹⁵⁹ « La condition sociale réfère à la situation dans laquelle une personne se trouve dans la société » (Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 26^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013 à la p 971). Par exemple, les origines familiales (*ibid*) ou encore le fait d'être membre d'une communauté.

¹⁶⁰ L'article 6 annonce une protection moindre qu'à certains autres droits de la *Charte québécoise* puisque le droit de propriété prévu par cet article est soumis aux limitations prévues par la loi (voir *Desroches c Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] RJQ 1540 à la p 1552, 149 DLR (4^e) 425 (CA Qc)). « L'article 6 garantit [...] le droit à la propriété uniquement "dans la mesure prévue par la loi". Il énonce ainsi une limite particulière, très générale, qui se substitue en principe à la restriction plus nuancée prévue à l'article 9.1 de la *Charte* à l'égard de l'ensemble des droits et libertés protégés » (Anne-Françoise Debruche, « La protection de la propriété par la Charte des droits et libertés de la personne : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin? » (2006) (hors-série) R du B 175 à la p 185). L'interprétation de l'article 6 de la *Charte québécoise* permet une large discrétion à l'État en ce qui a trait à la limitation du droit de propriété (voir Sophie Thériault et David Robitaille, « Les droits environnementaux dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec : Pistes de réflexion » (2011) 57:2 RD McGill 211 à la p 252). Les auteurs Thériault et Robitaille, s'appuyant sur une décision de la Cour européenne des droits de l'homme, soulignent que cette interprétation n'est pas inéluctable (*ibid*). En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu une décision dans laquelle elle établit une norme de contrôle ou un test de proportionnalité des lois attentatoires relatives au droit et au respect de ses biens (voir *Sporrong et Lönnroth c Suède* (1982), 52 CEDH (Sér A) 4, 5 EHRR 35).

¹⁶¹ Voir Ghislain Otis, « Ententes et mésententes entre les peuples autochtones et l'industrie extractive au Québec : aux confins du droit public et du droit privé » dans Christophe Krolik, dir, *Le droit des ressources naturelles et de l'énergie : Où en sommes-nous? Où allons-nous?*, Montréal, LexisNexis, 2017, 153 aux pp 171–73.

¹⁶² *Supra* note 44. Ce régime est actuellement encadré au sein de la législation québécoise et permet l'acquisition unilatérale par des prospecteurs miniers de « *claims* » miniers sur des terres ayant un titre ancestral (voir Jean Leclair et Michel Morin, « Fascicule 15 : Peuples autochtones et droit constitutionnel » au n° 168, n 1, dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit public*).

¹⁶³ *Charte québécoise*, *supra* note 158, arts 6, 10.

exemple, que le C.c.Q. reconnaisse la propriété coutumière dans une disposition précise — comme cela se fait en matière d'adoption¹⁶⁴. La *Loi sur les terres du domaine de l'État*, qui reconnaît à l'heure actuelle uniquement les droits fonciers prévus par la *Loi sur les Indiens*, devrait également être modifiée afin de reconnaître formellement les droits de propriété coutumiers. D'autres lois, comme la *Loi sur les Mines*, la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* et la *Loi sur le caractère collectif des ressources en eau* devraient faire l'objet de réformes pour qu'y soient reconnus les droits fonciers autochtones comme ayant valeur égale aux droits de propriété et d'exploitation qu'on y trouve actuellement. Les conséquences de cette reconnaissance seraient importantes, puisque cela sous-entendrait que les acteurs autochtones ont véritablement leur mot à dire sur le développement du territoire. Comme l'écrivait le professeur Lacasse il y a déjà quelques années au sujet de la reconnaissance de l'autonomie politique innue, les implications de cette mise à niveau du droit québécois sont vastes, mais nécessaires :

[L]a reconnaissance d'un gouvernement innu pourrait avoir pour conséquence le retour de règles différentes de celles qui ont cours dans la société majoritaire : le concept de « propriété commune », qui n'existe que de façon exceptionnelle dans le Code civil du Québec (article 913 : l'eau); l'importance de la tradition orale dans l'ordre innu; une pluralité de dirigeants; un rôle accru pour les aînés; des institutions différentes et pas nécessairement « rétributives » pour sanctionner les actes criminels.

On aurait alors une approche centrée sur l'Innu, sa philosophie, ses besoins, ses aspirations, sa perspective en somme. Cette approche s'oppose à l'approche actuelle de la société majoritaire qui, à travers la *Loi sur les Indiens* et les politiques du gouvernement fédéral, tend à accorder ou à reconnaître des pouvoirs aux Autochtones dans le seul cadre des institutions politiques et juridiques existantes de cette société. Il faut souhaiter, par ailleurs, que le retour à certaines valeurs traditionnelles se fasse dans des conditions favorables à l'ensemble des membres des communautés [notes omises].¹⁶⁵

Finalement, dans le cadre de ses compétences constitutionnelles sur la propriété et le droit civil, le Québec devrait revoir son approche eu égard aux rapports qu'il souhaite entretenir avec les peuples autochtones (énoncée dans la politique des « quinze principes »), celle-ci devant selon nous être basée sur le respect de l'égalité des droits, notamment en matière foncière. Cette approche devrait être reprise dans une loi plutôt que dans une politique administrative ou une résolution sans ou à faible portée normative. Rappelons ici que la Cour suprême du Canada a élargi, dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in*, la compétence provinciale en matière foncière de sorte que les provinces peuvent désormais porter atteinte aux droits ancestraux

¹⁶⁴ Arts 199.10, 543.1 CcQ.

¹⁶⁵ Lacasse, *Innu tipenitamun*, *supra* note 65 aux pp 231–32.

sans se voir opposer le partage des compétences¹⁶⁶. De ces pouvoirs élargis découlent également des devoirs plus importants pour les provinces à l'égard des peuples autochtones.

Ces changements appelant à la fois à l'ouverture de l'État au pluralisme juridique et au respect des droits humains, dont celui à la propriété, nécessitent au final la mise en place d'une réforme importante du droit de la propriété privée et publique, ainsi que des lois sur les ressources naturelles. Ces modifications permettraient d'engager un processus de décolonisation dans la mesure où (1) elles tentent de combler le « vide radical » que suppose l'approche de négation des droits autochtones sur laquelle sont fondées les lois québécoises, particulièrement en matière de propriété publique et privée, (2) elles réintègrent les ordres juridiques autochtones dans la discussion normative et (3) elles humanisent les lois québécoises en matière territoriale en les rendant conformes aux droits fondamentaux en matière d'égalité et de propriété. Il s'agit là d'un chantier important, mais réalisable, de mise à jour du droit québécois, notamment quant à sa conformité au droit à l'égalité et au droit des peuples autochtones à leurs traditions juridiques¹⁶⁷.

Conclusion

La coexistence, en toute égalité, des traditions juridiques autochtones et étatique débute à notre sens par la remise en cause des théories impériales qui fondent encore aujourd'hui les lois de l'État québécois. Si une réforme des lois et politiques québécoises s'impose afin de reconnaître de façon égalitaire les droits fonciers autochtones avec la propriété privée et publique, il importe aussi de questionner la place des acteurs autochtones dans la gouvernance territoriale au Québec. Alors que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* interpelle tous les États sur la question du respect des traditions juridiques autochtones¹⁶⁸, trop peu a encore été réalisé au Québec pour mettre à jour la législation étatique. Au-delà des modifications législatives supprimant les inégalités de traitement et des actions concrètes valorisant les espaces et conceptions normatives autochtones, il reste que le respect des droits des peuples autochtones se trouve aussi limité par le cadre constitutionnel, ce qui pose toute la question de la souveraineté et de la gouvernance du territoire. Cet enjeu, intimement lié à la décolonisation de l'État canadien, se pose bien sûr en filigrane des actions que peut prendre le Québec quant à sa propre

¹⁶⁶ *Supra* note 6 au para 98 et s.

¹⁶⁷ À ce propos, notons que le droit international reconnaît de plus en plus le droit des peuples autochtones au respect de leurs traditions juridiques (voir Valérie Bergeron-Boutin, *A right to Laws of their Own: International Human Rights Law and Indigenous Legal Traditions*, thèse de maîtrise en droit, University of Oxford, 2018 [non publiée]).

¹⁶⁸ Rés AG, Doc off AG NU, 61^e sess, supp n^o 49, Doc NU A/61/295 (2007).

décolonisation. Le respect et la valorisation des traditions juridiques autochtones quant aux espaces qui appartiennent de droit aux peuples autochtones — sous une forme certes différente de ce que met de l'avant le droit civil québécois — contribuent également à repenser le partage de la souveraineté au Québec et au Canada¹⁶⁹.

Il demeure qu'une juste coexistence entre les ordres juridiques demande à l'État québécois une transformation importante de son approche eu égard au respect des droits des peuples autochtones et de leurs ordres juridiques — le tout conformément aux exigences des normes internationales. Dans cette optique, le professeur Pierre Noreau en appelait, selon nous avec justesse, à remettre en cause les fondements politiques et juridiques de la domination :

[L]a justification sur laquelle est fondée l'appropriation du territoire autochtone par les Européens est fondée sur une fraude. Les Européens ont agi en contravention de leur propre normativité juridique. Ainsi, par exemple, si le principe de la *terra nullius* a pu servir de justification à l'occupation du territoire autochtone, elle ne peut plus faire illusion aujourd'hui, à la lumière de ce que nous apprennent l'archéologie, l'histoire ou l'anthropologie. Et, si les différences de civilisation (prétexte parmi d'autres) ont paru autoriser les Européens à se justifier à eux-mêmes la légalité de leur découverte et de leur conquête, tout ce que nous savons aujourd'hui de la diversité des collectivités humaines ne permet plus de présenter l'occupation de ces territoires comme juridiquement fondée. *A posteriori* donc, la légalité de cette occupation doit être contestée. Il faut cependant par extension tirer de cette constatation toutes les conséquences.¹⁷⁰

Et pourtant, suivant ses politiques territoriales contemporaines, le Québec nie toujours dans ses lois les droits fonciers de la grande majorité des peuples autochtones avec qui il partage le territoire. Cette négation s'appuie largement sur la prémisse — fausse — que les peuples autochtones n'avaient et n'ont aucun ordre juridique leur permettant de gouverner leurs terres¹⁷¹. Il nous semble temps de remettre en question les postulats sur lesquels sont fondés la possession des terres par l'État québécois. Cela nous paraît être une question d'égalité entre les personnes et entre les peuples.

¹⁶⁹ Voir Lacasse, *Innu tipenitamun*, *supra* note 65 aux pp 231–32.

¹⁷⁰ Noreau, *supra* note 72 aux pp XVI–XVII. Pourtant, « il est admis que les territoires colonisés, en Amérique comme ailleurs, n'étaient ni physiquement ni juridiquement vides et que toute conclusion en sens contraire est discriminatoire » (Motard et Lainé, « Entretien », *supra* note 7 à la p 196). À ce propos, voir aussi *Mabo*, *supra* note 2 au para 62 (cet arrêt est d'une grande importance, puisque la Haute Cour d'Australie y rejette la doctrine de *terra nullius*).

¹⁷¹ Cette prémisse contredit également les enseignements de la Cour suprême qui, dans l'affaire *Calder*, rappelle que « lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles » (*Calder c Colombie-Britannique (PG)*, [1973] RCS 313 à la p 328, 34 DLR (3^e) 145).