

Les Cahiers de droit



La conception du territoire par la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel : un examen de leur compatibilité à travers l'exemple du bassin versant

Alexandre Lillo et Rachel Nadeau

Volume 61, numéro 1, mars 2020

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068784ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068784ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lillo, A. & Nadeau, R. (2020). La conception du territoire par la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel : un examen de leur compatibilité à travers l'exemple du bassin versant. *Les Cahiers de droit*, 61(1), 141–192. <https://doi.org/10.7202/1068784ar>

Résumé de l'article

En vue de protéger la nature, la conception moderne de la gouvernance environnementale est régie par de nombreux principes. L'un des éléments clés réside dans la notion de territoire, laquelle a le potentiel d'articuler la mise en oeuvre des valeurs propres à la gouvernance de l'environnement. Néanmoins, cette conception spécifique du territoire soulève d'importantes interrogations juridiques, notamment de nature constitutionnelle. En effet, les principes du droit constitutionnel délimitent une échelle d'action dissonante de celle qui est préconisée par la gouvernance environnementale. L'objet du présent article est d'étudier la conception du territoire au sein des référentiels que sont la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel canadien pour déterminer leur degré de compatibilité. À travers l'exemple du bassin versant, trois questions centrales sont mises en évidence et discutées : quels sont les acteurs et les fondements structurels les plus appropriés à l'établissement d'une gouvernance environnementale dans le contexte canadien et selon quelle échelle territoriale ?

La conception du territoire par la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel : un examen de leur compatibilité à travers l'exemple du bassin versant

Alexandre LILLO* et Rachel NADEAU**

En vue de protéger la nature, la conception moderne de la gouvernance environnementale est régie par de nombreux principes. L'un des éléments clés réside dans la notion de territoire, laquelle a le potentiel d'articuler la mise en œuvre des valeurs propres à la gouvernance de l'environnement. Néanmoins, cette conception spécifique du territoire soulève d'importantes interrogations juridiques, notamment de nature constitutionnelle. En effet, les principes du droit constitutionnel délimitent une échelle d'action dissonante de celle qui est préconisée par la gouvernance environnementale. L'objet du présent article est d'étudier la conception du territoire au sein des référentiels que sont la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel canadien pour déterminer leur degré de compatibilité. À travers l'exemple du bassin versant, trois questions centrales sont mises en évidence et discutées : quels sont les acteurs et les fondements structurels les plus appropriés à l'établissement d'une gouvernance environnementale dans le contexte canadien et selon quelle échelle territoriale ?

The modern conception of environmental governance is guided by numerous principles intended to better protect nature. The notion of

* Chargé de cours, Université d'Ottawa ; doctorant en droit, Université d'Ottawa et Université Montpellier.

** Maître en droit, Université d'Ottawa.

territory has been seen as a key element linking these principles. But this conception of territory raises important legal issues, especially from a constitutional perspective. Constitutional law defines a scale of action that is inconsistent with the one advocated by environmental governance. This paper analyses the concept of territory according to environmental governance and Canadian constitutional law in order to determine to what extent these are compatible. Through the illustration of watersheds, we examine the territorial scale, stakeholders, and structural foundation that is most appropriate for environmental governance in the Canadian context.

Para proteger la naturaleza, la concepción moderna de la gobernanza medioambiental está regida por muchos principios. Uno de los elementos claves se encuentra en la noción de territorio, la cual posee el potencial para articular la implementación de los valores propios de la gobernanza del medioambiente. Sin embargo, esta concepción específica del territorio plantea importantes interrogantes de orden jurídico y de manera específica, de orden constitucional. En efecto, los principios del derecho constitucional han delimitado una escala de acción disonante de aquella que se ha preconizado por la gobernanza medioambiental. El objetivo de este artículo consiste en estudiar la concepción del territorio en el seno de los referenciales que son la gobernanza medioambiental y el derecho constitucional canadiense, con el fin de determinar su grado de compatibilidad. A través del ejemplo de la cuenca hidrográfica, se han identificado tres cuestiones básicas y debatidas: ¿en qué escala territorial? ¿con qué actores? y ¿cuáles son los fundamentos estructurales más apropiados para el establecimiento de una gobernanza medioambiental en el contexto canadiense?

	Pages
1 La gouvernance environnementale, ses principes et son échelle d'action	147
1.1 La structure de la gouvernance environnementale par l'entremise de ses principes généraux : éléments de définition devant les divergences doctrinales.....	147

1.2	La conception du territoire par la gouvernance environnementale : éléments de réponse devant les diverses échelles écosystémiques.....	151
2	L'impact du droit constitutionnel sur la détermination de l'échelle territoriale et juridictionnelle.....	156
2.1	Le territoire du fédéralisme	156
2.2	L'influence du partage des compétences sur le traitement territorial des enjeux environnementaux.....	162
3	La conception du territoire par la gouvernance environnementale devant les contraintes du droit constitutionnel : examen de leur compatibilité	168
3.1	Quelle division territoriale faut-il préconiser pour mettre en œuvre la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?	168
3.2	Qui sont les acteurs devant s'engager dans le processus de gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?.....	176
3.3	Sur quels fondements convient-il de structurer la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?.....	183
Conclusion		190

[Les lois] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir [...] Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur ; au genre de vie des peuples [...] : elles doivent se rapporter au degré de liberté, que la constitution peut souffrir [...] Enfin, elles ont des rapports entre elles ; elles en ont avec leur origine [...] avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.

En matière de protection et de préservation de l'environnement, la cohésion des lois avec les réalités géographiques, climatiques ou sociétales s'avère essentielle. Cet objectif est d'autant plus d'actualité que la protection et la préservation de l'environnement représentent des objectifs cardinaux absolument incontournables. Cependant, bien que les origines de ce mouvement remontent aux années 70¹, l'avènement d'un modèle durable

1. Dans le cas du droit et de la gestion de l'eau, voir par exemple : Paule HALLEY et Christine GAGNON, « Le droit de l'eau au Canada et les réformes en cours au Québec », dans Alexandre BRUN et Frédéric LASSERRE (dir.), *Gestion de l'eau. Approche territoriale et institutionnelle*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2012, p. 15, à

n'a pas encore abouti ; de nombreuses questions demeurent en suspens, et le processus de conscientisation à l'égard des enjeux environnementaux semble inachevé². Il existe tout de même une transformation progressive de la façon d'en traiter, et ces changements délimitent la sphère d'étude propre à la gouvernance environnementale. Cette dernière s'intéresse à la régulation, aux mécanismes et aux structures qu'emploient différents acteurs politiques pour influencer les actions environnementales et les résultats en découlant³. En raison de la complexité et de l'étendue des enjeux environnementaux, la gouvernance environnementale considère que l'État peut difficilement en traiter seul, ou indépendamment de toute autre instance⁴. Dans l'élaboration de politiques et de mesures législatives en matière environnementale⁵, l'État est désormais accompagné par de nombreux autres acteurs⁶, notamment les municipalités et les communautés autochtones, les entreprises, les organisations non gouvernementales et les groupes issus de la société civile. Cette multiplication des parties visées, exacerbée par le caractère transfrontalier de plusieurs enjeux environnementaux, tels que la lutte contre les changements climatiques ou la pollution de l'air, met en avant la relation entre la construction sociale d'un espace et les conditions naturelles d'un endroit spécifique⁷. La conception moderne du territoire constitue un espace abstrait, défini indépendamment d'attributs spécifiques — par exemple la population ou

la page 25 ; Alexandre LILLO, « La gouvernance de l'eau au Canada : un regard juridique et épistémologique sur l'éminente complexité de sa mise œuvre », (2017) 30 *J. Env. L. & Prac.* 123, 126-128.

2. Par exemple, les enjeux liés aux changements climatiques font encore l'objet de débats politiques. De nombreux travaux de recherche se sont intéressés à cette question du climatocépticisme. Voir par exemple : Naomi ORESKES et Erik M. CONWAY, *Merchants of Doubt*, New York, Bloomsbury Press, 2011 ; Riley E. DUNLAP, « Climate Change Skepticism and Denial: An Introduction », *American Behavioral Scientist*, vol. 57, n° 6, 2013, p. 691 ; Clive HAMILTON, *Requiem for a Species. Why We Resist the Truth about Climate Change*, Washington, Earthscan, 2010 ; Karin Edvardsson BJÖRNBERG et autres, « Climate and Environmental Science Denial: A Review of the Scientific Literature Published in 1990-2015 », *Journal of Cleaner Production*, vol. 167, 2017, p. 229.
3. Maria Carmen LEMOS et Arun AGRAWAL, « Environmental Governance », *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 31, 2006, p. 297, à la page 298.
4. Christoph GÖRG, « Landscape Governance : The "Politics of Scale" and the "Natural" Conditions of Places », *Geoforum*, vol. 38, n° 5, 2007, p. 954, à la page 954.
5. M.C. LEMOS et A. AGRAWAL, préc., note 3, à la page 298.
6. Oran R. YOUNG, *The Institutional Dimensions of Environmental Change. Fit, Interplay, and Scale*, Cambridge, MIT Press, 2002, p. 58.
7. C. GÖRG, préc., note 4, à la page 958.

les ressources présentes⁸. En tant que produit culturel, le territoire, bien qu'il subisse l'influence des éléments géophysiques⁹, n'est pas exclusivement «le fruit d'un relief, ou d'une donnée physico-climatique¹⁰». Il n'est pas uniforme, pouvant être composé d'une infinité de configurations différentes, celles-ci relevant non seulement de l'établissement de frontières étatiques, mais aussi des subdivisions administratives ou politiques ou encore d'un autre ordre, telles que les paroisses ou les limites d'une propriété privée¹¹.

Par conséquent, les déplacements d'un membre d'une espèce animale en voie de disparition, les courants qui poussent les îlots de plastique à travers l'océan ou les vents qui transportent l'air pollué loin de leur source première sont des enjeux dont l'étendue ne répond pas nécessairement aux constructions territoriales anthropocentriques. Ainsi, le territoire tel qu'il est défini par le droit, issu d'une combinaison de facteurs historiques, sociopolitiques ou économiques, s'oppose fréquemment au territoire biophysique¹². C'est au sein des enjeux découlant de ce contraste que les principes de la gouvernance environnementale prennent toute leur pertinence, car ils remettent en question l'exercice des pouvoirs de l'organisation étatique et proposent une échelle d'action alternative et plus flexible. Pouvant être qualifié de «principe sous-jacent» à la matière environnementale, cette conception contextuelle du territoire soulève en contrepartie d'importantes interrogations, notamment au regard du partage constitutionnel des compétences et de l'existence de mécanismes de coopération dans une structure fédérale. Cependant, si la gouvernance environnementale ne peut pas ignorer les obstacles constitutionnels, l'inverse devient progressivement tout aussi vrai. En effet, la conception juridique du territoire mérite, au regard de l'urgence environnementale, d'être revisitée. Dès lors, on se questionnera à savoir si la capacité d'adaptation reconnue à la Constitution¹³, par la métaphore de l'arbre vivant «qui,

-
8. Richard T. FORD, «Law's Territory (A History of Jurisdiction)», (1999) 97 *Mich. L. Rev.* 843, 853.
 9. Stuart ELDEN, «Legal Terrain – The Political Materiality of Territory», (2017) *London Rev. of Int'l L.* 1, 10.
 10. Thierry PAQUOT, «Qu'est-ce qu'un "territoire"?», *Vie sociale*, n° 2, 2011, p. 23, à la page 25.
 11. David DELANEY, *Territory. A Short Introduction*, Malden, Blackwell Publishing, 2005, p. 4 et 5.
 12. Yves JÉGOUZO, «Existe-t-il un territoire pertinent?», dans Karine FOUCHER et Raphaël ROMI (dir.), *La décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 121, à la page 121.
 13. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698.

grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne¹⁴», est en mesure d'incorporer les considérations inhérentes à la gouvernance environnementale. En d'autres termes, quel degré de compatibilité ces deux ensembles distincts partagent-ils ?

Notre article a pour ambition d'explorer le rôle du territoire dans la gouvernance environnementale et la façon dont il est perçu par le droit constitutionnel. Nous nous proposons d'étudier la conception du territoire selon les référentiels que sont la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel canadien. Pour ce faire, nous croyons essentiel de préciser les principes qui structurent la conceptualisation du territoire par la gouvernance environnementale de même que de déterminer dans quelle mesure le fédéralisme ainsi que le partage des compétences influent sur la perception du territoire par le droit constitutionnel. Notre analyse permettra, d'une part, de poser les jalons nécessaires pour examiner la façon dont les principes clés de la gouvernance environnementale interagissent, à travers le prisme du territoire, avec le droit constitutionnel et, d'autre part, d'indiquer jusqu'à quel point la notion de territoire préconisée par la gouvernance environnementale peut coexister avec celle qui est définie par le droit constitutionnel. Afin de concrétiser l'analyse essentiellement théorique autour du territoire, de la gouvernance environnementale et du droit constitutionnel, et dans le but d'explorer les pistes de réponses potentielles à nos interrogations, nous avons retenu l'exemple concret du bassin versant. Correspondant à un modèle spécifique de gouvernance environnementale, il recoupe les enjeux présentés précédemment : en imposant un territoire alternatif aux découpages administratifs classiques, l'écosystème du bassin versant s'exprime à l'encontre d'une conception conventionnelle où chaque acteur peut intervenir en fonction de sa juridiction ou des pouvoirs qui lui sont attribués par le droit. De plus, cette unité territoriale, ou plutôt les limites physiques qu'elle établit, est discutée dans différentes branches de la littérature. Du droit à la géographie, le bassin versant offre des ressources pertinentes quant à notre analyse et se présente ainsi comme un cas d'étude adapté à notre problématique.

Dans le but d'appréhender ces enjeux, nous observerons d'abord la façon dont le territoire est modelé aussi bien par la gouvernance environnementale que par le droit constitutionnel. Nous profiterons de cet exercice pour dégager progressivement trois interrogations clés :

14. Cette expression a été employée pour la première fois en 1930 par le Comité judiciaire du Conseil privé. Ce dernier affirmait que « [t]he B.N.A. Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits » : *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1930] A.C. 124, 1 D.L.R. 98, 106 et 107.

- 1) Quelle division territoriale faut-il préconiser pour mettre en œuvre la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?
- 2) Qui sont les acteurs devant s'engager dans le processus de gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?
- 3) Sur quels fondements convient-il de structurer la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?

Par la suite, nous apporterons des éléments de réponse à chacune de ces questions. Sans prétendre formuler des réponses définitives, nous explorerons diverses pistes conceptuelles, théoriques et pratiques de résolution afin de déterminer les modèles et les structures de gouvernance qui auront le potentiel de satisfaire les conditions respectivement imposées par la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel.

1 La gouvernance environnementale, ses principes et son échelle d'action

La gouvernance environnementale s'inscrit dans l'établissement d'un nouveau paradigme entourant l'action étatique. La multiplication des normes à différents niveaux, la mondialisation et la connectivité entre des acteurs autrefois séparés par des milliers de kilomètres font en sorte que, en matière de protection de l'environnement comme ailleurs, il y a, de nos jours, réorganisation de l'exercice du pouvoir. En matière environnementale, cette dernière entraîne l'émergence d'approches possédant une échelle territoriale fondée sur des critères plus naturels, par exemple les caractéristiques biophysiques des bassins versants. Nous analyserons ci-dessous les changements survenus durant les dernières années dans la façon de concevoir l'environnement et dans l'établissement de l'échelle territoriale pour les enjeux en découlant.

1.1 La structure de la gouvernance environnementale par l'entremise de ses principes généraux : éléments de définition devant les divergences doctrinales

La gouvernance environnementale fait partie des concepts élaborés pour désigner les changements survenus au sein de l'action gouvernementale au cours des dernières décennies¹⁵. Bien que gouvernance et gouvernement puissent être vus par certains comme des synonymes¹⁶, le premier terme est surtout employé dans la littérature pour mettre

15. Gerry STOKER, « Governance as Theory: Five Propositions », *International Social Science Journal*, vol. 50, n° 155, 1998, p. 17, à la page 18.

16. *Id.*, à la page 17.

en évidence les changements relativement à la méthode par laquelle la société est gouvernée¹⁷. De son côté, le gouvernement se réfère plutôt à un processus formel et institutionnel relevant de l'État central¹⁸, découlant d'une évolution, débutée un peu avant le milieu du xx^e siècle¹⁹, vers un système national et axé du haut vers le bas²⁰. Un retour de balancier s'est depuis effectué, et un gouvernement « détaché des principales forces sociétales²¹ » n'est plus considéré comme la seule institution pertinente. De ce fait, l'État n'est plus l'acteur central, ou du moins le seul à intervenir ou à établir des politiques : il laisse en partie la place à d'autres catégories d'acteurs pour ces fonctions autrefois exclusives²². Il voit ses pouvoirs redistribués autant en raison de la mondialisation que de l'importance grandissante des gouvernements locaux²³. Des changements relationnels se produisent entre les multiples niveaux visés : ainsi, plutôt que de devoir passer par l'État central, les instances locales de différents territoires interagissent directement²⁴, notamment par l'entremise de réseaux comme le Conseil international pour les initiatives écologiques locales, qui réunit des centaines d'acteurs locaux de partout au monde²⁵.

L'étude de ces nouveaux procédés de gouvernance se divise en plusieurs sous-catégories, par exemple la gouvernance collaborative, qui s'intéresse au travail collectif réalisé par divers acteurs dans l'accomplissement d'initiatives publiques²⁶, alors que la gouvernance environnementale s'attache aux procédés économiques, politiques et sociaux par lesquels sont régies les interactions entre humains et nature²⁷. Elle considère les influences sur les politiques environnementales, qui proviennent, entre autres, du secteur privé, des industries, d'organisations non gouvernemen-

17. Roderick A.W. RHODES, « The New Governance: Governing without Government », *Political Studies*, vol. 44, 1996, p. 652, à la page 653.

18. G. STOKER, préc., note 15, à la page 17.

19. Orly LOBEL, « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », (2004) 89 *Minn. L. Rev.* 342, 351.

20. *Id.*, 344.

21. G. STOKER, préc., note 15, à la page 19 (notre traduction).

22. C. GÖRG, préc., note 4, à la page 956.

23. *Id.*, à la page 957.

24. Harriet BULKELEY, « Reconfiguring Environmental Governance: Towards a Politics of Scales and Networks », *Political Geography*, vol. 24, n° 8, 2005, p. 875, à la page 894.

25. ICLEI LOCAL GOVERNMENTS FOR SUSTAINABILITY, « Our Members », [En ligne], [www.iclei.org/] (9 janvier 2020).

26. Lisa BLOMGREN AMSLER, « Collaborative Governance: Integrating Management, Politics and Law », *Public Administration Review*, vol. 76, n° 5, 2016, p. 700, à la page 702.

27. Mark BEVIR, *Key Concepts in Governance*, Londres, SAGE Publications, 2009, p. 78.

tales, des pressions des consommateurs et du domaine de la santé²⁸, ainsi que des municipalités et des communautés autochtones²⁹. Il en résulte que le processus décisionnel « ne se produit pas en un seul lieu et en un seul centre, mais dans plusieurs, et [...] tous ceux-ci ont leur importance³⁰ ». La gouvernance environnementale est associée notamment à une meilleure efficacité, car elle permettrait de s'adapter aux différences entre les territoires et les écosystèmes. En effet, la diversité des acteurs et le partage des pouvoirs entre ces derniers à travers plusieurs juridictions sont considérés comme un mécanisme favorisant une plus grande flexibilité³¹.

La recherche de flexibilité se manifeste aussi dans l'évolution de la vision qui entoure la protection de l'environnement. Axée à ses débuts sur une stratégie de commandement et de contrôle³², elle découlait en outre d'une approche réactive, basée sur la constatation de problématiques liées à la qualité de l'environnement, suivie de l'adoption de prohibitions correspondantes³³. La protection de l'environnement est passée graduellement à une approche centrée sur l'atteinte de standards de qualité, pour prévenir la pollution plutôt que d'y réagir³⁴, où l'importance de protéger les écosystèmes dans leur propre intérêt est reconnue³⁵. Son traitement s'établit dans un cadre plus général qu'en ciblant les sources directes de pollution, par exemple en considérant que les changements climatiques nécessitent une coordination entre les acteurs publics et privés de tous les

28. G. Bruce DOERN, Graeme AULD et Christopher STONEY, *Green-lite. Complexity in Fifty Years of Canadian Environmental Policy, Governance and Democracy*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 12.

29. Jean-Thomas LÉVEILLÉ, « 82 municipalités réclament la consigne pour le verre », *La Presse*, 18 janvier 2019, [En ligne], [www.lapresse.ca/environnement/politique-verte/201901/17/01-5211465-82-municipalites-reclament-la-consigne-pour-le-verre.php] (9 janvier 2020); Mario DE CICCIO, « Edézhzié : la première aire protégée autochtone du Canada », *Radio-Canada*, 11 octobre 2018, [En ligne], [ici.radio-canada.ca/nouvelle/1129282/edehzhie-aire-protgee-autochtone-dehcho] (10 janvier 2020).

30. Alain LÉTOURNEAU, « Les théories de la gouvernance. Pluralité de discours et enjeux éthiques », *VertigO*, n° 6, 2009, p. 3.

31. Liesbet HOOGE et Gary MARKS, « Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-level Governance », *American Political Science Review*, vol. 97, n° 2, 2003, p. 233, aux pages 236 et 237.

32. Robert F. DURANT, « Introduction », dans Robert F. DURANT, Rosemary O'LEARY et Daniel J. FIORINO (dir.), *Environmental Governance Reconsidered*, Cambridge, MIT Press, 2004, p. 1, à la page 1.

33. William HOWARTH, « The Progression towards Ecological Quality Standards », (2006) 18 *J. Env. L.* 3, 6.

34. *Id.*

35. *Id.*, 8.

niveaux³⁶, puisque ses causes et ses conséquences sont mondiales. Dans ce contexte, la gouvernance environnementale peut être liée à cette évolution, se voulant une reconnaissance de la complexité des enjeux environnementaux, de l'incertitude scientifique qui les entoure, de leur caractère dynamique et de leurs effets transfrontaliers³⁷.

La principale difficulté posée par la gouvernance environnementale, et plus largement par les nouveaux modes de gouvernance, réside dans la fragmentation des approches ou de la terminologie employée pour les définir³⁸. La littérature à cet égard a été bâtie par des auteurs issus de domaines variés, venant autant du secteur économique et du milieu des relations internationales que de celui des sciences politiques, ce qui rend éclectiques ses fondements théoriques³⁹. Ainsi, lorsqu'il est question de gouvernance environnementale, il est important de se dissocier de l'idée d'une seule définition commune à tous les auteurs, tâche qui peut sembler à première vue contre-productive pour le juriste. Il faut plutôt comprendre la gouvernance telle une approche constituée d'un tronc d'éléments communs, reposant sur des postulats comme l'existence d'une interdépendance entre les organisations étatiques et non étatiques dans un contexte de réorganisation des limites entre les acteurs étatiques, privés et les organisations non gouvernementales⁴⁰, l'existence d'une confiance mutuelle entre les participants et la présence d'un système de négociation et d'approbation des règles par ces derniers⁴¹. De son côté, la gouvernance environnementale peut aussi être rattachée à certaines caractéristiques telles que la participation, la collaboration, la diversité, la compétition, la décentralisation ou la subsidiarité⁴². Dans l'étude de la littérature sur la gouvernance, il importe de garder à l'esprit que l'application de ces éléments n'est pas toujours complète. Par exemple, la prise de décisions clés tend à demeurer centralisée, les acteurs locaux n'étant pas dans une

36. Jocelyn STACEY, *The Constitution of the Environmental Emergency*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 66.

37. *Id.*, p. 66 et 67.

38. Ingrid J. VISSEREN-HAMAKERS, « Integrative Environmental Governance : Enhancing Governance in the Era of Synergies », *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 14, 2015, p. 136, à la page 136.

39. G. STOKER, préc., note 15, à la page 18.

40. R.A.W. RHODES, préc., note 17.

41. *Id.*, à la page 660.

42. O. LOBEL, préc., note 19 ; Rachel NADEAU, *Les pouvoirs des municipalités au regard de l'interprétation du partage des compétences : un obstacle à la gouvernance environnementale ?*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté de droit – Études supérieures, Université d'Ottawa, 2018, p. 35-57.

relation d'égal à égal avec l'État central⁴³. Dans la troisième partie de notre article, nous analyserons certains outils ayant le potentiel d'appliquer plusieurs des postulats soutenus par la gouvernance environnementale, tout en évitant de conserver une structure étatique centralisée et en favorisant ainsi la réorganisation vers un système de gouvernance à paliers et à acteurs multiples. Ce phénomène, qui réorganise les limites frontalières applicables, influe lui-même sur la détermination du territoire. C'est un point sur lequel nous nous pencherons ci-dessous.

1.2 La conception du territoire par la gouvernance environnementale : éléments de réponse devant les diverses échelles écosystémiques

La gouvernance environnementale reconnaît l'importance d'éviter toute fragmentation des problèmes environnementaux en secteurs ou par leur aspect territorial, social ou politique⁴⁴. Pourtant, alors que le territoire tel qu'il est généralement conçu représente une construction sociale découlant de l'influence d'éléments sociopolitiques⁴⁵, la protection de l'environnement préconise de se baser sur des éléments naturels, par exemple les limites d'une vallée, d'un bassin versant ou d'une région climatique⁴⁶, impératif qui ne se concilie pas toujours avec les limites locales, provinciales ou nationales. Cependant, même au regard d'une structure territoriale plus « naturelle », différentes conceptions de l'espace coexistent et peuvent être perçues, par exemple, par l'entremise d'éléments géographiques, climatiques ou écologiques. Ainsi, l'espace canadien peut tout aussi bien être représenté au regard de ses régions physiographiques (dont font partie, par exemple, le Bouclier canadien et les basses terres du Saint-Laurent)⁴⁷, que par ses régions forestières (forêt boréale, forêt des Grands Lacs et du Saint-Laurent, etc.)⁴⁸. L'espace peut aussi être divisé en fonction des écosystèmes, que l'on pourrait considérer un peu comme les « juridictions » de la nature et qui sont des structures comprenant une « communauté d'organismes ainsi que leur environnement physique et

43. Maureen G. REED et Shannon BRUYNEEL, « Rescaling Environmental Governance, Rethinking the State: A Three-dimensional Review », *Progress in Human Geography*, vol. 34, n° 5, 2010, p. 646, à la page 649.

44. M.C. LEMOS et A. AGRAWAL, préc., note 3, à la page 308.

45. C. GÖRG, préc., note 4, à la page 958.

46. Cormac CULLINAN, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, 2^e éd., Devon, Green Books, 2011, p. 153.

47. RESSOURCES NATURELLES CANADA, « Géologie et géosciences », [En ligne], [www.rncan.gc.ca/sciences-terre/geographie/atlas-canada/cartes-thematiques-selectionnees/16877#lesterrres] (9 janvier 2020).

48. RESSOURCES NATURELLES CANADA, « Classification des forêts », [En ligne], [www.rncan.gc.ca/forets/mesures-rapports/classification/13180] (9 janvier 2020).

chimique [...] au sein duquel il existe un flux continu et de matière dans un système interactif et ouvert⁴⁹». Toutefois, contrairement aux frontières interétatiques, où l'ambiguïté se révèle source de conflits⁵⁰, l'écosystème n'est pas une structure aux murs opaques ou à la taille définie. Au contraire, l'énergie et la matière y circulent dans un système ouvert, indéfini et interactif⁵¹. Du point de vue des espèces peuplant un écosystème, le territoire est « mobile, élastique dans son tracé, variable selon les saisons, les heures, les activités et les dangers⁵² », et il adoptera une fonction utilitaire, rattachée à des impératifs de reproduction ou de survie⁵³. Tout fractionnement du territoire, tel celui découlant du lotissement urbain, pourra avoir des conséquences néfastes, par exemple en empêchant un individu de rejoindre d'autres membres de son espèce ou en rendant ses déplacements plus difficiles⁵⁴. Considération supplémentaire dont il faut tenir compte : la taille de cet espace est indéfinie, un « écosystème [pouvant] varier d'une fourmilière à la planète entière⁵⁵ ».

Naviguer à travers les incertitudes scientifiques, et la détermination de l'étendue du territoire demeure un point en suspens⁵⁶. La possibilité d'établir clairement des limites entre les écosystèmes s'amenuise encore davantage en raison des déplacements des espèces, causés par les enjeux environnementaux actuels : l'exemple de la tique porteuse de la maladie de Lyme qui, en raison des changements climatiques, poursuit son exode vers le nord⁵⁷, apportant avec elle, du même fait, un enjeu de santé publique, est à lui seul évocateur. Le phénomène s'avère similaire lorsqu'il est question, non pas des écosystèmes eux-mêmes, mais des sources de pollution : transportées par l'eau ou portées par l'air, elles ne s'arrêteront pas à une frontière administrative⁵⁸, comme l'illustre l'affaire de la fonderie de Trail, cas de droit international qui met en cause les dommages causés sur le territoire américain par les émanations sulfureuses d'une fonderie

49. A.J. WILLIS, « The Ecosystem : An Evolving Concept Viewed Historically », *Functional Ecology*, vol. 11, n° 2, 1997, p. 268, à la page 270 (notre traduction).

50. R.T. FORD, préc., note 8, 852.

51. A.J. WILLIS, préc., note 49, à la page 270.

52. Th. PAQUOT, préc., note 10, à la page 26.

53. *Id.*

54. Chantal CANS, « Les territoires pertinents de l'administration de l'environnement : critères et variables », dans K. FOUCHER et R. ROMI (dir.), préc., note, 12, p. 33, à la page 37.

55. A.J. WILLIS, préc., note 49, aux pages 268 et 269 (notre traduction).

56. W. HOWARTH, préc., note 33, 10.

57. Andrea L. SMITH et autres, « Effects on Climate Change on the Distribution of Invasive Alien Species in Canada : A Knowledge Synthesis of Range Change Projections in a Warming World », *Environmental Reviews*, vol. 20, 2012, p. 1, à la page 2.

58. C. CANS, préc., note 54, à la page 37.

située en Colombie-Britannique⁵⁹. La gouvernance environnementale nécessite donc de prendre en considération cette connexion entre les écosystèmes, et plus généralement l'interdépendance des composantes de la nature, représentée par l'existence d'un réseau élaboré dans l'écosphère⁶⁰. En ce sens, la gouvernance environnementale, au regard de la question de l'échelle territoriale, a atteint un stade où elle tient davantage compte de cette flexibilité nécessaire, en vue d'une analyse des façons par lesquelles «les politiques qui prenaient place à une échelle donnée sont transférées à d'autres et, de ce fait, redéfinissent les pratiques ainsi que les échelles d'action originelles et réorganisent les interactions entre les différents niveaux⁶¹».

Le modèle de la gouvernance environnementale basée sur la notion des bassins versants représente l'une de ces manières de concevoir cette réorganisation territoriale. Le concept, déjà implanté dans des contextes variés, constitue un schéma central par rapport aux différentes théories contemporaines de gestion de l'eau⁶². Considéré comme le territoire de l'eau, c'est-à-dire telle une échelle spatiale hydrographique⁶³, le bassin versant fait l'objet de plusieurs définitions dont le degré de technicité

59. *Trail Smelter Arbitration Case (United States v. Canada)*, recueil des sentences arbitrales, Nations Unies, vol. 3, 1941, p. 1905, à la page 1949.

60. Barry COMMONER, *The Closing Circle*, New York, Alfred A Knopf, 1971, p. 33.

61. H. BULKELEY, préc., note 24, à la page 884 (notre traduction).

62. La doctrine francophone et anglophone, mais également canadienne et internationale, se réfère au concept de *bassin versant* et le considère comme une échelle adaptée aux principes de la gestion moderne de l'eau. Pour une liste non exhaustive, voir : P. HALLEY et C. GAGNON, préc., note 1, à la page 19 ; Zbigniew W. KUNDZEWICZ et autres, «Freshwater Resources and their Management», dans Martin L. PARRY et autres (dir.), *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 173, aux pages 196 et 200 ; Hanneke BROOYMANS, *Water in Canada. A Resource in Crisis*, Edmonton, Lone Line, 2011, p. 175 ; Rick FINDLAY, «The Great Lakes Futures Roundtable as Watershed Governance», dans Seanna L. DAVIDSON, Jamie LINTON et Warren E. MABEE (dir.), *Water as a Social Opportunity*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 115, à la page 115 ; Alexandre BRUN, «L'approche par bassin versant : le cas du Québec», *Options politiques*, 2009, p. 36 ; Nicolas MILOT, «La gouvernance des cours d'eau au Québec : un état des lieux», dans Catherine CHOQUETTE et Alain LÉTOURNEAU (dir.), *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Québec, Éditions MultiMondes, 2008, p. 183, à la page 189 ; Carlo PRÉVIL, Benoît ST-ONGE et Jean-Philippe WAAUB, «Aide au processus décisionnel pour la gestion par bassin versant au Québec : étude de cas et principaux enjeux», *Cahiers de géographie du Québec*, vol. 48, 2004, p. 209, aux pages 213 et 214.

63. À noter que plusieurs variations sémantiques existent à l'égard du bassin versant ; il est parfois désigné par l'une des appellations suivantes : «bassin hydrographique», «bassin fluvial» ou «aire de drainage».

varie⁶⁴. Cette unité territoriale est généralement appréhendée comme « une portion de territoire délimitée par des lignes de crêtes, dont les eaux alimentent un exutoire commun (cours ou plan d'eau, mer). La ligne séparant deux bassins versants adjacents est une ligne de partage des eaux⁶⁵ ». En d'autres termes, le bassin versant « constitue l'aire naturelle de réception des eaux⁶⁶ » où les précipitations et les résurgences s'écoulent par l'effet de la gravité, de la pente ou des reliefs, vers une masse d'eau plus importante. Il existe plusieurs échelles de bassins versants ; sur le fondement de cette définition, Alice Cohen et Seanna Davidson expriment qu'un bassin versant peut être aussi petit qu'une flaque d'eau ou aussi vaste que les Grands Lacs et le fleuve Saint-Laurent⁶⁷. Ces unités territoriales, imbriquées telles des poupées russes, peuvent s'inscrire à une échelle océanique, régionale ou locale. Nous retrouvons ainsi cette problématique de l'échelle propre aux écosystèmes. Le recours à l'un ou l'autre de ses territoires, soit la détermination des frontières pertinentes aux fins de gouvernance ou de gestion environnementale, dépendra des motifs à l'origine d'une telle initiative⁶⁸.

Du fait de sa nature, le bassin versant présente des caractéristiques qui lui sont propres⁶⁹. Le territoire constitue alors un espace où se manifeste une logique d'interaction influente entre l'eau, le milieu et les activités humaines. Ce constat se traduit par plusieurs observations : par exemple, les ressources et les activités situées en aval sont dépendantes des choix et des usages réalisés en amont. De la même façon, une corrélation à double

64. Aux fins de notre article, nous tracerons les contours d'une description simplifiée de ce concept, sans pour autant négliger l'exactitude de son sens et l'exhaustivité de ces caractéristiques.

65. Alexandre BRUN et Frédéric LASSERRE, « Introduction », dans A. BRUN et Fr. LASSERRE (dir.), préc., note 1, p. 1, aux pages 2 et 3. De plus, l'eau qui s'écoule de part et d'autre des lignes de crête se dirigera vers un exutoire différent.

66. Régis MARCHIARO, « Une approche transfrontalière de la gestion de l'eau : le bassin hydrographique », *Environnement et développement durable*, vol. 7, n° 14, 2005, p. 4.

67. Alice COHEN et Seanna DAVIDSON, « The Watershed Approach: Challenges, Antecedents, and the Transition from Technical Tool to Governance Unit », *Water Alternatives*, vol. 4, n° 1, 2011, p. 1, à la page 2.

68. *Id.*

69. Il convient de distinguer la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant et la gestion intégrée des ressources en eau (GIRE). Même si cette dernière, comme d'autres modèles de gestion de l'eau, fait appel à l'unité territoriale du bassin versant, elle ne doit pas être confondue avec la gestion de l'eau par bassin versant. Effectivement, la GIRE est une théorie d'origine institutionnelle et l'idéologie qu'elle adopte s'avère essentiellement universaliste. À remarquer que la gestion de l'eau par bassin versant se différencie de cette perspective : elle n'a pas pour objectif d'imposer des principes transversaux, applicables en tous lieux, mais plutôt de proposer des valeurs modulables et respectives d'un contexte donné.

sens est possible entre les activités anthropiques, la quantité et la qualité de l'eau. Ces facteurs contribuent ainsi à définir l'unicité de chaque bassin versant. Dès lors, l'espace en question représente un réseau fragile où l'eau et les usages qui en sont faits interagissent et de façon permanente. Ces éléments contribuent à caractériser le bassin versant comme un écosystème dont l'existence est définie par des considérations hydrographiques et où les multiples composantes naturelles et sociales sont interconnectées. En d'autres termes, cette unité territoriale propose une approche écosystémique où l'interaction et l'intégration des environnements humains et non humains lui permettent de fonctionner en tant qu'unité⁷⁰.

Si plusieurs échelles de bassin versant existent et présentent des bénéfices respectifs⁷¹, les interrogations relatives à la taille appropriée du bassin versant soulèvent les contours d'un défi majeur. En effet, quelle que soit l'échelle retenue, les frontières naturelles de cette unité territoriale correspondent rarement aux découpages administratifs classiques⁷² et aux frontières politiques classiques⁷³. Par conséquent, le bassin versant atteste que l'eau n'a que faire des confins que l'être humain tente de lui imposer ; malgré quelques embûches, elle s'extirpe inexorablement de ces limites artificielles. En somme, même si cette question sera discutée par la suite, il faut garder en mémoire que « l'échelle [appropriée] n'intervient pas en

-
70. Bruce PARDY, « Seven Deadly Sins of Canadian Water Law », (2004) 13 *J. Env. L. & Prac.* 89, 104.
71. Il s'agit par exemple de différencier le bassin versant du sous-bassin versant, ce dernier faisant écho à « l'aire d'alimentation des affluents se jetant dans le cours d'eau principal » : A. BRUN et Fr. LASSERRE, préc., note 65, à la page 4. Il convient également de discerner le bassin versant du bassin fluvial, lequel se présente comme une unité territoriale « dont la surface est drainée par un fleuve et l'ensemble de ses affluents [couvrant] donc une très vaste étendue » : Sylvie VIEILLARD-COFFRE, « Gestion de l'eau et bassin versant. De l'évidente simplicité d'un découpage naturel à sa complexe mise en pratique », *Hérodote*, n° 102, 2001, p. 139, à la page 142. Enfin, nous devons également tenir compte de la différence entre le bassin versant et l'aire de drainage, cette dernière étant formée « d'un bassin versant ainsi que de zones adjacentes, telles que les côtes et les îles, dont les eaux peuvent ne pas s'écouler dans la décharge » : STATISTIQUE CANADA, « Classification type des aires de drainage (CTAD) », 2003, [En ligne], [www.statcan.gc.ca/fra/sujets/norme/ctad/ctadinfol] (9 janvier 2020).
72. François MOLLE, « River-basin Planning and Management : The Social Life of a Concept », *Geoforum*, vol. 40, n° 3, 2009, p. 484, à la page 492 : « political or administrative boundaries seldom correspond to watershed lines, and the socioeconomic forces and processes as well as the webs of power that influence the management of water resources also do not dovetail with natural limits ».
73. « [Il] arrive souvent que des ressources hydriques ne soient pas situées à l'intérieur des limites d'une municipalité, d'un comté, d'une province ou même du pays » : CONSEIL DES ACADÉMIES CANADIENNES, *L'eau et l'agriculture au Canada : vers une gestion durable des ressources en eau*, 2013, p. 173.

passant d'un niveau local à un point de vue supérieur » : celle-ci est plutôt définie par les interactions, pour « étendre l'espace à tout [et] pour y placer chaque acteur à l'intérieur, *partes extra partes*⁷⁴ ».

Pour tout dire, la gouvernance environnementale, l'idéologie qui en découle et les principes y étant associés créent un cadre de référence à travers lequel une conception et une utilité particulière du territoire peuvent être définies. Malgré l'existence de plusieurs déclinaisons, l'approche écosystémique dirige généralement la conception du territoire par la gouvernance environnementale. Cependant, cette vision est de plus en plus discutée par la doctrine ; en pratique, elle ne constitue pas non plus un référentiel dominant. Elle se heurte à d'autres approches prépondérantes, notamment celle qui a été établie par les fondements et les principes du droit constitutionnel.

2 L'impact du droit constitutionnel sur la détermination de l'échelle territoriale et juridictionnelle

Nous avons abordé jusqu'à maintenant une conception de l'espace fondée sur les principes de la gouvernance environnementale et liée à l'unité territoriale du bassin versant. Comme nous l'avons souligné, cette conception correspond rarement aux frontières politiques et administratives, et elle n'est pas non plus, nous l'établirons plus bas, en adéquation avec les juridictions établies en fonction du droit constitutionnel canadien. Cette adéquation est cependant facilitée par l'assouplissement des limites entre les compétences inscrites dans la Constitution canadienne en raison de l'évolution de leur interprétation par les tribunaux. Basé aussi bien sur des considérations géographiques que sur des domaines de compétences accordés par voie constitutionnelle, le partage des compétences a une importante influence sur la structure de la législation environnementale canadienne. L'acteur dominant est ainsi déterminé en fonction des champs de compétence visés, qui influent à leur tour sur la portée territoriale de ses actions. Nous démontrerons cette réalité à travers l'exemple de la protection de l'environnement et de la division du partage des compétences la concernant.

2.1 Le territoire du fédéralisme

La juridiction est ce qui se rapproche le plus du territoire dans le domaine du droit⁷⁵. Cet espace n'est pas seulement délimité par des

74. Bruno LATOUR, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, La Découverte, 2015, p. 141.

75. R.T. FORD, préc., note 8.

limites physiques, mais également par « plus ou moins directement, l'existence d'un pouvoir et l'aire géographique sur lequel il peut s'exercer⁷⁶ ». Cet espace fictif, aux frontières par conséquent malléables, correspond à une zone où une entité quelconque a la capacité d'exercer son autorité. Nous soutenons ici que trois éléments additionnels s'ajoutent à la définition physique de la juridiction et contribuent à caractériser son existence. D'une part, la juridiction peut être de nature *territoriale* : elle est alors définie par l'existence d'une autorité domaniale ou par la détention de droits de propriété. D'autre part, la juridiction peut être de nature *situationnelle* : en effet, l'autorité d'une entité gouvernementale peut être soulevée par l'entreprise d'une activité ou les actions d'un groupe déterminé. Enfin, la juridiction peut être *contextuelle* : dans ce cas de figure, l'exercice de l'autorité est conditionnel à l'occurrence d'un événement, c'est-à-dire à la formation d'un contexte particulier. Quelle que soit la nature de la juridiction, son existence est donc déterminée par l'autorité dont bénéficie un ordre de gouvernement à son égard, et les limites appliquées à cette autorité permettent d'en établir les délimitations⁷⁷. Les normes applicables dans cet espace donné ne sont plus valides une fois franchie la limite avec une autre juridiction⁷⁸.

La juridiction est, au sens du droit constitutionnel, ce que l'écosystème est à la gouvernance environnementale : un espace d'action et d'interactions. Dès ce moment, elle définit le territoire de compétence, ou l'espace d'action, sur lequel une autorité habilitée peut légiférer avec les pleins pouvoirs. Contrairement au territoire de la gouvernance environnementale, la juridiction est une unité dématérialisée, regroupant, par la construction de l'esprit, les différents champs de compétence d'une autorité donnée. La juridiction telle que nous la présentons n'est pas modulable, puisqu'elle doit traiter avec les normes juridiques établies, que ce soit par le droit de propriété, le droit de l'aménagement du territoire ou encore par le droit de l'environnement, le droit constitutionnel ou le droit international⁷⁹. En matière de droit constitutionnel, la juridiction est analogue à un casse-tête dont chacune des pièces, en l'occurrence les compétences de chacun des paliers, contribue à former l'autorité d'un ordre de gouvernement.

Ainsi, dans le contexte de la structure fédéraliste canadienne, la juridiction est divisée, d'un point de vue constitutionnel, entre deux ordres

76. C. CANS, préc., note 54, à la page 34.

77. R.T. FORD, préc., note 8, 856.

78. Alain SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, n° 11, 2008, p. 151, à la page 152.

79. Yishai BLANK et Issi ROSEN-ZVI, « The Spatial Turn in Legal Theory », *Hagar: Studies in Culture, Policy and Identities*, vol. 10, n° 1, 2010, p. 37, à la page 40.

indépendants l'un de l'autre : les provinces et le Parlement fédéral, chacun doté de compétences législatives exclusives⁸⁰. Alors que les premières exercent leurs prérogatives à l'intérieur de leurs délimitations géographiques, les pouvoirs du Parlement fédéral se répartissent sur tout le territoire canadien, en fonction de la portée de ses champs de compétence⁸¹. Ainsi, il existe des frontières non seulement entre les provinces, mais aussi à l'intérieur de ces dernières, selon le palier compétent par rapport à une portion du territoire ou à certaines activités⁸². Par exemple, des zones comme les ports, les aéroports ou les emplacements des infrastructures de télécommunications relèveront de la compétence du Parlement fédéral, bien qu'elles soient situées à l'intérieur d'un territoire provincial⁸³. Les réserves autochtones, de juridiction fédérale, ou les parcs nationaux peuvent aussi être cités à titre d'exemple pour exposer la fragmentation du territoire résultant du partage des compétences⁸⁴.

Le raisonnement derrière la formation de ces juridictions découle en grande partie des circonstances entourant la création de la Confédération canadienne. L'adoption d'un modèle basé sur le fédéralisme résulte de l'alignement de conditions économiques, institutionnelles et géopolitiques qui rendaient avantageuse la réunion des colonies de l'Amérique du Nord britannique⁸⁵. En effet, la difficulté de créer un réseau économique pour des colonies, la nécessité de renforcer la sécurité au regard des tensions avec les États-Unis et les préoccupations par rapport à la protection et au poids politique de la minorité francophone sont des facteurs qui ont rendu favorable l'adoption du fédéralisme⁸⁶. Les pouvoirs destinés à faire du Canada une puissance économique ont été octroyés au Parlement fédéral, tandis que ceux qui touchent la vie quotidienne—sauf exception, par exemple le droit criminel, le mariage et le divorce—ont été conférés aux provinces⁸⁷. Cette division des pouvoirs s'explique généralement par le fait

80. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 418.

81. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2008, p. 5-2 (feuilles mobiles).

82. Henri DORION et Jean-Paul LACASSE, « La notion d'intégrité territoriale et les problèmes des régions frontalières du Québec », *Cahiers de géographie de Québec*, vol. 18, 1974, p. 137, à la page 143.

83. *Id.*, à la page 149.

84. *Id.*, à la page 151.

85. Robert VIPOND, « 1867 : Confederation », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 83, à la page 87.

86. *Id.*, aux pages 85-87.

87. Peter W. HOGG, « Subsidiarity and the Division of Powers in Canada », (1993) 3 *N.J.C.L.* 341, 346.

que, dans un État fédéral, le partage des pouvoirs a lieu en fonction des affaires d'intérêt général et des affaires de nature locale⁸⁸. En ce sens, la division résultant de la *Loi constitutionnelle de 1867* (LC1867) fait écho au principe de subsidiarité⁸⁹, un concept d'organisation sociale plaçant que le niveau de gouvernement préférable pour atteindre un objectif est celui, au regard des circonstances, qui est situé à l'échelle la plus locale possible⁹⁰. Implicitement, ce principe postule qu'en contrepartie, lorsque l'entité locale ne peut pas agir seule, une entité possédant une autorité plus large est davantage appropriée pour intervenir⁹¹. C'est d'ailleurs un principe à garder à l'esprit pour la suite, car il peut avoir une influence non négligeable sur la détermination de l'échelle territoriale adaptée à la gouvernance environnementale.

La Constitution écrite d'un État fédéral doit assurer que «le partage des compétences ne peut être modifié qu'avec une certaine participation des organes fédéraux et de plusieurs organes fédérés⁹²». Cette rigidité empêche un palier de modifier unilatéralement l'octroi de ces pouvoirs, caractéristique nécessaire à la conservation de l'équilibre d'une structure fédérative. Rappelons que le fédéralisme milite pour l'instauration de pouvoirs exclusifs⁹³ et appelle à la conservation des pouvoirs tels qu'ils ont été répartis lors de la création de la LC1867.

Malgré ces limitations, le droit constitutionnel n'est pas complètement démuné devant une problématique multiscalaire de l'ordre de la protection de l'environnement, qui appelle à une certaine porosité entre les juridictions. L'interprétation du partage des compétences se rattache à certains principes sous-jacents, décrits comme des «normes juridiques dont l'évolution dépend de leur forme et structure conceptuelles, mais également des circonstances contextuelles changeantes⁹⁴». Ces principes sont établis en fonction des dispositions constitutionnelles, de leur contexte historique et de l'interprétation devant les tribunaux⁹⁵. Ils viennent, entre

88. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 80, p. 414.

89. P.W. HOGG, préc., note 87, 346.

90. George A. BERMANN, «Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States», (1994) 94 *Columbia L. Rev.* 331, 339.

91. Eugénie BROUILLET, «Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box?», (2011) 54 *S.C.L.R. (2d)* 601, par. 10.

92. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 80, p. 416.

93. *Id.*, p. 460; *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91 et 92 (ci-après «LC1867»).

94. Timothy ENDICOTT et Peter OLIVER, «The Role of Theory in Canadian Constitutional Law», dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), préc., note 85, p. 937, à la page 962 (notre traduction).

95. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 52.

autres, protéger les compétences locales, peuvent favoriser la coopération et assurent des juridictions plus souples dans le contexte de l'interprétation de certains enjeux constitutionnels. Ainsi, l'un de ces principes sous-jacents, le fédéralisme, reconnaît l'autonomie des provinces et leur diversité. Une telle structure confère «des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité⁹⁶». De son côté, le principe sous-jacent de la démocratie admet la possibilité pour chaque province d'adapter ses politiques aux besoins de ses propres citoyens⁹⁷, rappelant le principe de subsidiarité mentionné précédemment. L'interprétation coordonnée et non subordonnée du partage des compétences sert aussi à protéger les compétences locales, car elle édicte qu'un chef de compétence fédérale ne peut pas être interprété de façon à vider de son essence une compétence provinciale⁹⁸. Le fédéralisme a également pour objectif de «favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun⁹⁹». Cette affirmation se reflète, entre autres, par l'apparition graduelle de l'expression «fédéralisme coopératif» dans les décisions rendues par les tribunaux, qui militent en faveur d'une certaine souplesse en cas de chevauchement entre les compétences fédérales et provinciales, dans le but d'assurer une action commune des deux paliers législatifs¹⁰⁰. C'est après tout une réalité bien présente lorsqu'il est question de la protection de l'environnement, comme nous le verrons plus bas.

La considération des tenants et aboutissants des principes sous-jacents à la Constitution a amoindri l'étanchéité des limites entre les compétences fédérales et provinciales. Une doctrine d'interprétation comme l'exclusivité des compétences, dont l'effet asymétrique en faveur du Parlement fédéral et sa propension à créer des vides juridiques ont été reconnus¹⁰¹, a vu son application restreinte. La prépondérance fédérale, donnant priorité à la loi fédérale en cas de conflit avec une loi provinciale, doit désormais être appliquée avec retenue, pour favoriser une mise en œuvre qui assure une application concurrente de son équivalent provincial¹⁰².

96. *Id.*, par. 58.

97. *Id.*, par. 66.

98. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 71.

99. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 22.

100. Hélène TRUDEAU, «La protection des ressources partagées et de l'environnement à la lumière du droit constitutionnel canadien : quel rôle pour le fédéralisme coopératif?», dans S.F.C.B.Q., vol. 433, *Développements récents en droit de l'environnement*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 194, à la page 213.

101. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 99, par. 35, 44 et 45.

102. *Id.*, par. 74 et 75.

En cette matière, le fédéralisme coopératif est venu assurer que les tribunaux évitent « de donner à l'objet de la loi fédérale une interprétation large qui le mettrait en conflit avec la loi provinciale¹⁰³ », sans cependant aller jusqu'à limiter l'exercice valide d'une compétence législative. En contrepartie des restrictions posées à ces deux doctrines d'interprétation du partage des compétences, d'autres théories s'appliquent, comme celle du double aspect qui reconnaît qu'une matière peut toucher un aspect autant fédéral que provincial, ce qui favorise ainsi l'application concurrente des législations fédérales et provinciales¹⁰⁴. La règle des effets accessoires permet qu'une mesure puisse influencer superficiellement sur un pouvoir de l'autre palier législatif¹⁰⁵, alors que, selon la doctrine des pouvoirs accessoires, le caractère véritable d'une disposition peut excéder la compétence du palier l'ayant adoptée « en raison du lien qui existe entre cette disposition et l'ensemble législatif valide dans lequel elle se trouve¹⁰⁶ ». Ces doctrines d'interprétation, qui subissent l'influence des principes sous-jacents à la Constitution, permettent de rendre davantage organique le partage des compétences, les juridictions voyant leurs frontières devenir plus flexibles. Leur chevauchement n'est ainsi pas fatal, au sens des possibilités de coordination et de coopération, et au regard du respect des normes locales avancées par le principe de subsidiarité.

Pour ce qui est de la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant, la notion de juridiction issue du droit constitutionnel suppose que les normes applicables se juxtaposent en fonction des compétences visées. À ce cadre constitutionnel s'ajoute d'ailleurs la portée des pouvoirs qu'auront d'autres acteurs sur la gestion des bassins versants, tels que les municipalités, relevant des provinces¹⁰⁷, et les territoires autochtones, relevant du Parlement fédéral¹⁰⁸. La possible « multiplicité des niveaux d'autorité juridique et des juridictions territoriales¹⁰⁹ » sera parfois interprétée comme un appel à l'intervention et à la collaboration pour les acteurs gouvernementaux situés à différents niveaux d'action. En effet, l'adoption d'une mesure dont les répercussions pourraient excéder le

103. *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, par. 66 ; *Saskatchewan (Procureur Général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 21-23.

104. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 98, par. 66.

105. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 80, p. 468.

106. *Id.*, p. 469.

107. LC1867, préc., note 93, art. 92 (8).

108. *Id.*, art. 91 (24).

109. Christopher CITY, « La géographie du droit, l'eau et l'environnement », dans Patrick FOREST (dir.), *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 157, à la page 161.

champ de compétence d'une autorité donnée nécessite un effort de coopération. Par exemple, pour le même cours d'eau, un gouvernement provincial pourra délivrer des permis et appliquer des normes pour contrôler la pollution, alors que le gouvernement fédéral surveillera les habitats des poissons protégés par la *Loi sur les pêches*, tout en s'assurant que les activités maritimes sont appropriées pour le milieu, tandis qu'un gouvernement municipal adoptera un règlement de zonage pour protéger les berges et qu'une Première Nation y pratiquera des activités traditionnelles de pêche, protégées par ses droits constitutionnels¹¹⁰. Au sein de cet enchevêtrement politico-juridique, il apparaît rapidement qu'aucune compétence n'a été attribuée pour englober le sujet de l'«environnement». Exercice difficile d'ailleurs, car l'environnement concerne dans la réalité l'exercice de tous les champs de compétence¹¹¹. L'absence de compétence définie en matière d'environnement et la collision constante entre les juridictions, comme nous l'établirons plus bas, militent davantage en faveur d'un modèle constitutionnel s'appuyant sur la coopération et la reconnaissance de tous les niveaux, dans l'établissement d'un territoire du fédéralisme qui répondra aux réalités de la gouvernance environnementale.

2.2 L'influence du partage des compétences sur le traitement territorial des enjeux environnementaux

La séparation des pouvoirs législatifs est une composante centrale de la perception des enjeux environnementaux dans le contexte canadien. Au sein de ce schéma constitutionnel complexe, il convient d'explorer la fonction remplie par la notion de territoire. Nous verrons que, si le partage des compétences demeure essentiellement fonctionnel au regard de l'environnement, la nature de ce processus influe largement sur la conception du territoire en la matière.

La question du partage des compétences relatives à l'environnement est bien connue de la doctrine depuis qu'une existence constitutionnelle est accordée à cette matière¹¹². Si l'état du droit applicable dépend

110. *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14; Linda NOWLAN et Karen BAKKER, *Practicing Shared Water Governance in Canada: A Primer*, Vancouver, UBC Program on Water Governance, 2010, p. 13.

111. Michel BASTARACHE, «La jurisprudence de la Cour suprême en matière de développement durable», (2007) 9 *Revue de la common law en français* 5, 7.

112. Dès 1993, Pierre BRUN, «La pollution du partage des compétences par le droit de l'environnement», (1993) 24 *R.G.D.* 191, 195 et 196, notait «un effort d'unification du sujet» et une volonté de proposer un «traitement de plus en plus unifié de l'environnement». D'autres auteurs ont plus tard souligné ce mouvement ayant fait passer l'environnement de la catégorie des choses sous-jacentes à une matière donnée

principalement des interprétations judiciaires et des contributions doctrinales, analysées sous le spectre des principes sous-jacents à la Constitution mentionnés précédemment, un constat fait désormais l'unanimité : les pouvoirs législatifs en matière d'environnement n'étant pas strictement attribués à l'un ou l'autre des ordres de gouvernement¹¹³ par la LC1867, une autorité partagée entre le Parlement du Canada et les provinces prévaut. Cet état de fait formalise l'environnement en tant que « matière qui touche à tout¹¹⁴ » dont les enjeux doivent être liés aux compétences générales strictement énoncées par les articles 91 et 92 de la Constitution¹¹⁵. En divisant *de jure* le sujet « environnement » en plusieurs thématiques, ce processus, rendu obligatoire par le principe d'exhaustivité¹¹⁶, en fait un domaine concurrent entre les autorités gouvernementales et « engendre une mosaïque de responsabilités¹¹⁷ ». La conséquence de ce traitement sectoriel de la matière « environnement », d'ailleurs analogue aux questions relatives à l'eau¹¹⁸, réside avant tout dans un contexte cultivant les chevauchements des compétences législatives. Devant un domaine dont les prérogatives se trouvent distribuées entre deux ordres de gouvernement, la division des pouvoirs est dictée à la fois par les dispositions inscrites aux articles 91 et 92 de la LC1867, mais aussi par les interprétations judiciaires et doctrinales qui en sont faites. Alors que la recherche d'un équilibre des

à celle d'objet percevable par le droit. Par exemple, Doug BROWN, « Cooperative versus Competitive Federalism : Outcomes and Consequences of Intergovernmental Relations on Climate Change Issues in Canada », *Zeitschrift für Kanada-Studien*, vol. 32, n° 2, 2012, p. 9, à la page 12, a soutenu que « [g]radually, [...] a jurisdictional approach to the environment has emerged through legislation and judicial review ». En ce sens, la Cour suprême a récemment réaffirmé ce constat dans la décision *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, préc., note 103, par. 78 et suiv., en faisant de la réparation de dommages liés à l'environnement une priorité, même en cas de faillite. Ce faisant, la Cour suprême a de nouveau souligné l'importance de la protection environnementale en tant que matière ayant une existence constitutionnelle ainsi que son influence sur tous les domaines et à tous les niveaux : dans le même sens, voir l'affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 1.

113. Jamie BENIDICKSON, *Environmental Law*, 4^e éd., Toronto, Irwin Law, 2013, p. 31.

114. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, par. 69.

115. M. BASTARACHE, préc., note 111, 7.

116. P.W. HOGG, préc., note 81, p. 15-46. L'auteur précise que le principe d'exhaustivité prévoit que chacun des actes législatifs adoptés par le Parlement du Canada ou les provinces doit être rattaché à l'une des compétences prévues aux articles 91 et 92 de la LC1867.

117. BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Rapport du commissaire à l'environnement et au développement durable*, Ottawa, Vérificateur général du Canada, 1990, par. 18-58.

118. A. LILLO, préc., note 1, 130.

pouvoirs est à l'ordre du jour, notamment à l'appui du concept de fédéralisme coopératif¹¹⁹, l'environnement reste «une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences¹²⁰». Il convient ainsi de situer les fonctions respectives des autorités gouvernementales à son égard¹²¹.

De nombreuses compétences peuvent être rattachées, directement ou indirectement, à l'exercice de l'autorité fédérale en matière de protection de l'environnement. Ce sont des pouvoirs spécifiques portant notamment sur les pêcheries¹²², la navigation¹²³, le transport interprovincial¹²⁴ ou la taxation¹²⁵. Il est également question de compétences concurrentes en matière d'agriculture¹²⁶ et d'exportation des ressources naturelles non renouvelables¹²⁷. Des pouvoirs législatifs globaux sont par ailleurs conférés à l'autorité fédérale, spécialement en matière de droit criminel¹²⁸, mais aussi en vue d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement¹²⁹. Ce dernier permet au Parlement du Canada de recourir à la théorie des dimensions nationales, de faire appel au pouvoir résiduaire et d'invoquer le pouvoir d'urgence¹³⁰. Enfin, l'autorité législative fédérale en matière de protection environnementale est aussi soulevée par les compétences ayant une portée territoriale, en particulier les matières liées à la propriété et à la domanialité. Le Parlement du Canada dispose en effet de prérogatives au regard de la propriété publique fédérale¹³¹, des territoires autochtones¹³²,

119. David CAMERON et Richard SIMEON, «Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism», *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 32, n° 2, 2002, p. 49; D. BROWN, préc., note 112; Hugo CYR, «Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Cooperative Federalism», *Constitutional Forum*, vol. 23, n° 4, 2014, p. 20; Nathalie J. CHALIFOUR, «Canadian Climate Federalism: Parliament's Ample Constitutional Authority to Legislate GHG Emissions through Regulations, a National Cap and Trade Program, or a National Carbon Tax», (2016) 36 *N.J.C.L.* 331; H. TRUDEAU, préc., note 100.

120. *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

121. La classification des compétences fédérales proposée est largement inspirée des recherches menées dans l'étude de R. NADEAU, préc., note 42, p. 77 et suiv.

122. LC1867, préc., note 93, art. 91 (12).

123. *Id.*, art. 91 (10).

124. *Id.*, art. 91 (3).

125. *Id.*, art. 92 (10).

126. *Id.*, art. 95.

127. *Id.*, art. 92A (3).

128. *Id.*, art. 91 (27).

129. *Id.*, art. 91.

130. P. BRUN, préc., note 112, 204.

131. LC1867, préc., note 93, art. 91 (1A).

132. *Id.*, art. 91 (24).

ainsi que des travaux et des entreprises déclarés à l'avantage général du Canada¹³³. Nous tenons néanmoins à apporter une précision : si l'autorité fédérale peut jouir de droits de propriété¹³⁴, ces derniers ne confèrent pas pour autant de pouvoirs législatifs. De même, l'autorité juridictionnelle du Parlement fédéral sur une matière donnée ne crée pas un quelconque droit de propriété y afférent¹³⁵.

L'autorité législative des provinces à l'égard de l'environnement recoupe également de nombreuses compétences inscrites à l'article 92 de la LC1867. D'une part, les provinces bénéficient de pouvoirs étendus¹³⁶ en la matière : ce sont des compétences relatives à la propriété et aux droits civils¹³⁷, à l'administration des terres publiques¹³⁸, mais aussi à toute matière d'une nature purement locale ou privée dans la province¹³⁹. Ces pouvoirs confèrent par exemple aux provinces la capacité de déterminer le statut juridique de l'eau, ainsi que les règles relatives à son appropriation. D'autre part, les provinces peuvent faire usage de prérogatives plus restreintes en la matière. Il est question notamment des compétences portant sur la taxation des objets provinciaux¹⁴⁰, les institutions municipales¹⁴¹ et des travaux et des entreprises d'une nature locale¹⁴². En outre, les provinces partagent l'autre segment des compétences concurrentes en matière d'agriculture et de ressources naturelles non renouvelables. À remarquer que les compétences provinciales font l'objet d'une limitation territoriale importante : la plupart des dispositions leur conférant une forme d'autorité balisent la portée de leurs actions potentielles en précisant que celles-ci sont limitées aux frontières de leur territoire. Dès lors, à la différence des pouvoirs conférés au Parlement fédéral, le territoire se traduit à la fois comme l'expression spatiale des compétences provinciales et, malgré certaines exceptions mineures¹⁴³, comme la limite

133. *Id.*, art. 92 (10) c).

134. P.W. HOGG, préc., note 81, p. 29-3 et 29-4.

135. *Id.*, p. 29-5.

136. La *summa divisio* entre des pouvoirs étendus et des prérogatives restreintes a notamment été proposée par Dominique ALHÉRIÈRE, *La gestion des eaux en droit constitutionnel canadien*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976, p. 47 et 51.

137. LC1867, préc., note 93, art. 92 (13).

138. *Id.*, art. 92 (5).

139. *Id.*, art. 92 (16).

140. *Id.*, art. 92 (2).

141. *Id.*, art. 92 (8).

142. *Id.*, art. 92 (10).

143. Des lois provinciales ont été jugées constitutionnelles lorsque seuls des effets accessoires produisent des effets extraprovinciaux. Si le caractère véritable de la loi n'a pas pour conséquence de produire des effets extrajuridictionnels, alors la loi sera, sur ce point, considérée comme valide : P.W. HOGG, préc., note 81, p. 13-8 et 13-9 ;

géographique de l'autorité législative d'un gouvernement fédéré. En somme, si les provinces semblent disposer d'importantes compétences en matière d'environnement, leur autorité est largement limitée par des considérations territoriales. En contrepartie, alors que l'autorité fédérale apparaît davantage restreinte, il n'en demeure pas moins que certaines de ses prérogatives ont une portée et une applicabilité théoriques considérables. En d'autres termes, là où les pouvoirs provinciaux sont encadrés par une conception classique du territoire, l'autorité fédérale, pour sa part, relève d'une conception juridictionnelle étendue.

Quelles sont ainsi les conséquences du partage des compétences à l'égard du territoire ou, plus exactement, au regard de la juridiction telle qu'elle est définie par le droit constitutionnel ? Bien que la protection de l'environnement soit une matière en quête progressive d'autonomie constitutionnelle, le traitement de ces enjeux démontre un état de morcellement juridictionnel¹⁴⁴. Autrement dit, il existe une division des juridictions canadiennes relativement aux enjeux applicables à l'environnement. En effet, le territoire au sens strict, c'est-à-dire l'étendue de surface terrestre, ne constitue pas une variable constante dans la détermination et l'attribution des compétences législatives. S'il y joue parfois un rôle lorsqu'il est question de la domanialité publique par exemple, l'espace d'action est d'ordre juridictionnel en ce qu'il est également défini par des considérations situationnelles ou contextuelles. Il semble ainsi y avoir un double niveau de territorialisation en droit constitutionnel : celui qui est établi strictement par la Constitution, et ses textes connexes, définissant les différents espaces terrestres, et celui qui est engendré par l'influence du partage des compétences, beaucoup plus diffus, constituant les espaces juridictionnels. La conception des enjeux environnementaux par le droit constitutionnel subit donc largement l'influence du partage des compétences ; dans ce contexte, la notion de juridiction vient se substituer à celle de territoire. Cet état de fait contribue à déterminer quatre contraintes principales

Renvoi relatif à Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297. Cette question des effets accessoires a été brièvement abordée dans la section précédente. Un débat doctrinal est cependant ouvert sur la possibilité pour une loi provinciale, dans certains cas précis, de réglementer des activités extraprovinciales ayant une incidence dans les limites de sa juridiction : P.W. HOGG, préc., note 81, p. 13-10, 13-12.

144. Si le morcellement des juridictions en matière environnementale porte sur les responsabilités fédérales et provinciales, le partage des compétences entre ces deux autorités n'est pas pleinement représentatif de la division juridictionnelle existante. En effet, dans ce schème constitutionnel, la place et le rôle d'acteurs tels que les communautés autochtones ou la société civile ne sont pas clairement définis. C'est d'ailleurs une considération que nous aborderons plus loin.

qu'impose ce droit sur la gouvernance environnementale et formalise les antagonismes en présence :

- Première contrainte : si le droit constitutionnel est structuré autour de compétences partagées, la gouvernance environnementale préconise une centralisation des actions ;
- Deuxième contrainte : le même droit reflète un morcellement juridictionnel, alors que la gouvernance environnementale soutient une homogénéité des espaces d'action. Ce qui s'apparente au territoire pour la gouvernance environnementale ne constitue qu'une considération subsidiaire au sein du droit constitutionnel ;
- Troisième contrainte : la discipline constitutionnelle favorise une approche fonctionnelle, créant une dynamique sectorielle, tandis que la gouvernance environnementale prône une conception harmonisatrice, c'est-à-dire une vision holistique des variables ;
- Quatrième contrainte : si le droit constitutionnel donne autorité aux acteurs gouvernementaux, la gouvernance environnementale préconise l'engagement de l'ensemble des acteurs.

Ces contradictions s'expriment d'ailleurs à travers les modèles de gestion de l'eau par bassin versant, notamment pour ce qui est du Conseil de bassin du Mackenzie. Ce dernier constitue une initiative institutionnelle dont le but est de faciliter la protection des eaux transfrontalières dans le bassin versant océanique du fleuve Mackenzie. Le recours à une échelle territoriale alternative, aux fins de protection environnementale, a pour conséquence de générer des enjeux interjuridictionnels. Cela étant, les gouvernements du Canada, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon ainsi que des représentants des communautés autochtones de chacun de ces territoires sont engagés en ce qu'ils ont tous, respectivement, une autorité juridictionnelle à l'échelle du bassin versant du fleuve Mackenzie. La mise en œuvre de l'entente-cadre, de nature intergouvernementale, est ainsi réalisée par l'intermédiaire d'accords bilatéraux parallèles, notamment « pour les secteurs du bassin chevauchant des régions avoisinantes¹⁴⁵ ». Cet exemple témoigne des contraintes qui émergent de la conception du territoire par le droit constitutionnel et la gouvernance de l'environnement. En d'autres termes, l'harmonisation recherchée par les mécanismes de gouvernance environnementale se heurte aux réalités constitutionnelles. C'est par la mise en évidence de ces obstacles que trois interrogations

145. ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE CANADA, « Loi sur les ressources en eau du Canada. Rapport Annuel 2015-2016 », Ottawa, 2017, p. 24.

principales peuvent être formulées et discutées dans l'étude de la compatibilité entre la conception du territoire par le droit constitutionnel et la gouvernance environnementale.

3 La conception du territoire par la gouvernance environnementale devant les contraintes du droit constitutionnel : examen de leur compatibilité

Le concept de territoire est modulable et polysémique. Il peut aussi bien être adapté en fonction de perspectives disciplinaires que modifié à l'appui de postures théoriques ou idéologiques. En ce sens, nous avons exploré la variabilité sémantique et pratique de cette notion de territoire sous le spectre de la gouvernance environnementale et du droit constitutionnel. Pour autant, notre objectif ici n'est pas de traiter séparément ces deux conceptions distinctes : notre ambition est plutôt, dans une posture de protection environnementale, d'explorer la façon dont ces conceptions peuvent être conciliées, notamment à travers l'exemple du bassin versant. Dès lors, les développements précédents nous ont conduits à soulever trois questions à la fois centrales par rapport à cet objectif et complémentaires dans la détermination d'orientations possibles dans le contexte canadien :

- Quelle division territoriale faut-il préconiser pour favoriser la mise en œuvre de la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant (3.1) ?
- Quels acteurs est-il nécessaire d'engager dans le processus de gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant (3.2) ?
- Sur quels fondements est-il envisageable de structurer la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant (3.3) ?

À la lumière des valeurs véhiculées par la gouvernance environnementale et des contraintes imposées par le droit constitutionnel, nous présenterons certains éléments de réponse.

3.1 Quelle division territoriale faut-il préconiser pour mettre en œuvre la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?

Lorsqu'il est question de mettre en œuvre un processus de gouvernance environnementale par l'entremise de l'unité spatiale du bassin versant, quatre référentiels territoriaux possibles se distinguent. L'échelle d'action peut être annexée :

- 1) aux frontières administratives classiques ;
- 2) aux frontières hydrographiques océaniques ;
- 3) aux frontières hydrographiques régionales ;
- 4) à un modèle hybride multiscalair.

Nous explorerons d'abord le sens de chacune de ces orientations territoriales ainsi que leur potentielle cohérence à l'égard de la gouvernance environnementale. Nous verrons par la suite que les enjeux issus des interactions avec le droit constitutionnel peuvent être appréhendés par l'entremise d'une qualification d'un caractère transfrontalier général.

Mettre les quatre options territoriales indiquées plus haut à l'épreuve de la gouvernance environnementale revient à s'interroger de la façon suivante : à quelle échelle le processus de gouvernance environnementale est-il le plus effectif ? De nos jours, cette question est essentielle : en effet, « [l]a reconfiguration territoriale est un enjeu social et politique majeur, mais c'est aussi parfois une nécessité fonctionnelle. Beaucoup de politiques concrètes ne [pourront] être élaborées, mises en œuvre et avoir des résultats que si elles sont conçues, décidées et réalisées à l'échelle de territoires plus vastes¹⁴⁶ ».

La détermination de l'échelle de la gouvernance environnementale appelle en outre à l'application de certains principes tels que la subsidiarité. Comme nous l'avons mentionné, la subsidiarité, en tant que principe d'organisation sociale, tente d'établir une balance entre l'engagement d'un niveau plus près des citoyens et le soutien d'un niveau plus élevé lorsque les petites entités ne peuvent pas agir seules¹⁴⁷. La détermination des critères qui font pencher la balance d'un côté ou de l'autre n'est cependant pas facile à établir, la subsidiarité pouvant, selon sa conception, chercher à atteindre des objectifs différents¹⁴⁸. En matière de gouvernance environnementale, le tournant entre le niveau local et l'engagement d'une autorité représentant une échelle territoriale plus large peut être lié à l'incidence des décisions sur d'autres territoires¹⁴⁹. Cela n'empêche pas ces étendues plus larges de devoir assumer en retour une certaine responsabilité pour aider les plus petits niveaux à améliorer leurs capacités dans l'accomplissement des compétences qui leur reviennent¹⁵⁰. Dans le contexte du bassin

146. Nancy EMOND, « La gestion intégrée de la ressource-eau au Québec : prolégomènes sur les mutations et la fixité de l'espace institutionnel », *Recherches sociographiques*, vol. 56, n^{os} 2-3, 2015, p. 353, à la page 374.

147. E. BROUILLET, préc., note 91, par. 10.

148. Andreas FØLLESDAL, « Competing Conceptions of Subsidiarity », dans James E. FLEMING et Jacob T. LEVY (dir.), *Federalism and Subsidiarity*, New York, New York University Press, 2014, p. 214.

149. Graham R. MARSHALL, « Nesting, Subsidiarity, and Community-based Environmental Governance beyond the Local Level », *International Journal of the Commons*, vol. 2, n^o 1, 2008, p. 75, à la page 81.

150. *Id.*, à la page 82.

versant, l'exercice repose sur la capacité de préciser la raison à l'origine d'un tel modèle de gouvernance environnementale. Sa réalisation permet effectivement de définir un raisonnement scalaire adapté et d'explorer le niveau d'action qui sera le plus cohérent par rapport aux problématiques partagées, aux objectifs de gouvernance établis et aux processus de coopération envisageables¹⁵¹.

La première option d'échelle territoriale est celle qui veut préserver les frontières administratives existantes. Malgré une logique en accord avec l'espace tel qu'il est défini par le droit constitutionnel, il est désormais admis qu'un tel *statu quo* ne ferait que contribuer à nier l'évolution nécessaire devant les enjeux environnementaux. En effet, comme en témoigne le récent rapport du Conseil des académies canadiennes sur la gestion intégrée des ressources naturelles, « [l]es limites de gestion actuelles gênent la mise en œuvre de méthodes intégrées, car les zones de gestion ne correspondent souvent pas aux systèmes écologiques tels que les bassins hydrographiques¹⁵² » : ce constat a pour conséquence de multiplier les territoires d'action ou, au sens du droit constitutionnel, les autorités juridictionnelles ayant la capacité d'agir. Retenons, à titre d'exemple, le cas de la Mer Bleue, située dans la vallée de l'Outaouais. Cette tourbière est présentée comme l'une des plus importantes zones naturelles de la Ceinture de verdure¹⁵³ entourant la région de la capitale du Canada. Malgré son caractère local, cet écosystème aquatique génère de nombreux enjeux juridictionnels. Reconnue comme une zone humide d'importance provinciale liée à la région administrative de l'Ontario¹⁵⁴, la Mer Bleue est également inscrite sur la liste des zones humides mentionnée dans la *Convention relative*

151. A. COHEN et S. DAVIDSON, préc., note 67, p. 2; Fabienne LELOUP, Laurence MOYART et Bernard PECQUEUR, « La gouvernance territoriale comme nouveau mode de coordination territoriale ? », *Géographie, économie, société*, vol. 7, n° 4, 2005, p. 321, à la page 328.

152. CONSEIL DES ACADÉMIES CANADIENNES, *Plus grand que la somme de ses parties : vers une gestion intégrée des ressources naturelles au Canada*, 2019, p. 41, citant Scott D. SLOCOMBE, « Implementing Ecosystem-based Management », *BioScience*, vol. 43, n° 9, 1993, p. 612.

153. Pour davantage d'information au sujet de la Ceinture de verdure, voir : COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE, « Ceinture de verdure », [En ligne], [ccn-ncc.gc.ca/endroits/ceinture-de-verdure] (9 janvier 2020).

154. Cette désignation d'« importance provinciale » provient d'une classification des terres humides formulée par le gouvernement de l'Ontario. En vertu de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, c. P-13, notamment de la Déclaration de principes provinciale aux articles 3 et suivants, un système d'évaluation des terres humides a été développé en Ontario. Voir ONTARIO, « Évaluation des terres humides », [En ligne], [www.ontario.ca/fr/page/evaluation-des-terres-humides] (9 janvier 2020).

aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (aussi appelée «Convention Ramsar»)¹⁵⁵. Pour autant, elle demeure sous la supervision d'une société d'État fédéral, à savoir la Commission de la capitale nationale, laquelle détient des droits de propriété à son égard¹⁵⁶. À ces conflits juridictionnels faut-il encore ajouter les services écosystémiques produits par cette zone humide (protection contre les crues, amélioration de la qualité de l'eau, habitat pour la biodiversité, connexion entre les eaux de surface et les eaux souterraines, etc.), dont la nature et les effets peuvent à leur tour relever de différentes autorités. Le cas de la Mer Bleue, représentatif des enjeux juridictionnels à l'échelle des écosystèmes et de la protection de l'environnement, a néanmoins été résolu en accordant à la Commission de la capitale nationale un rôle de gestionnaire¹⁵⁷. Il témoigne toutefois de la divergence entre les frontières écosystémiques et celles des régions administratives, et plus exactement du risque de conflit interjuridictionnel pouvant émerger de la mise en œuvre de mécanismes de gouvernance environnementale aux fins de protection environnementale. En d'autres termes, les frontières politiques classiques, en tant qu'artéfacts sociaux arbitraires, ne se trouvent plus en mesure de proposer une réponse cohérente relativement aux enjeux environnementaux contemporains.

À travers l'exemple du bassin versant que nous retenons au cours de notre analyse, la deuxième option d'échelle territoriale pouvant servir à la mise en œuvre de mécanismes de gouvernance environnementale est celle qui est déterminée par les plus vastes frontières hydrographiques. Le recours aux cinq¹⁵⁸ bassins versants, ou aires de

155. *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*, 2 février 1971, 996 R.T.N.U. 245.

156. La Commission de la capitale nationale est propriétaire de «[l]a majeure partie de la Ceinture de verdure», à savoir 14 950 hectares sur 20 000. La tourbière Mer Bleue fait partie de cet espace dont la Commission est propriétaire, à l'exception d'une aire de 73 hectares appartenant à Services publics et Approvisionnement Canada ainsi que de trois routes régionales et municipales traversant la zone de conservation. Voir *Canada 33 : Mer Bleue Conservation Area. Information Sheet on Ramsar Wetlands*, p. 2, [En ligne], [rsis.ramsar.org/RISapp/files/RISrep/CA755RIS.pdf?language=en] (10 janvier 2020).

157. De plus, la Commission de la capitale nationale tombe sous l'autorité du gouvernement fédéral en raison de l'intérêt national y étant associé : voir l'affaire *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663.

158. Voir la carte des bassins versants océaniques canadiens : ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE CANADA, «Loi sur les ressources en eau du Canada. Rapport annuel 2017-2018», 2019, p. 2, [En ligne], [publications.gc.ca/collections/collection_2019/eccc/En1-20-2018-fra.pdf] (10 janvier 2020).

drainage¹⁵⁹ océaniques, présente une cohérence spatiale en matière de gouvernance environnementale, notamment dans la perspective de surmonter les enjeux transfrontaliers formalisés par l'usage des frontières administratives classiques. Effectivement, si nous retenons les frontières hydrographiques les plus larges possible, l'échelle territoriale ainsi définie est à même d'englober les défis interjuridictionnels générés par les perspectives de gouvernance environnementale. De plus, considérer les bassins versants océaniques reviendrait à garantir, comme nous en avons discuté précédemment, l'homogénéité écosystémique préconisée par la gouvernance environnementale. Pour ce qui est de la protection de l'eau, ce processus d'harmonisation territoriale renforcerait une approche résiliente et créerait un parallèle avec des matières comme la navigation, l'aéronautique ou la radiocommunication dont la nature interconnectée et fonctionnelle de leur réseau a été reconnue judiciairement à plusieurs reprises¹⁶⁰. Malgré la capacité de ces frontières hydrographiques étendues à se défaire des questions interjuridictionnelles, elles ne sont pas pour autant en mesure de résoudre tous les enjeux relatifs à la gouvernance environnementale, notamment ceux qui se rattachent au caractère profondément local de son action. En effet, les processus de décentralisation ou de subsidiarité semblent difficiles à réaliser à l'échelle d'un bassin versant océanique. Nous retrouvons ici les doutes exprimés à l'égard de cette posture, selon lesquels la pensée à une échelle spatiale vaste « contient l'immense danger d'unifier trop vite ce qui doit être d'abord composé¹⁶¹ ».

159. Une aire de drainage est légèrement différente d'un bassin versant en ce qu'elle « est formée d'un bassin versant ainsi que de zones adjacentes, telles que les côtes et les îles, dont les eaux peuvent ne pas s'écouler dans la décharge » : STATISTIQUE CANADA, préc., note 71. Pour un exemple des aires de drainage principales et des sous-aires de drainage au Canada, voir STATISTIQUE CANADA, « Aires de drainage principales et sous-aires de drainage », [En ligne], [www.statcan.gc.ca/fra/sujets/norme/ctad/cartes/m004] (10 janvier 2020).

160. Pour ce qui est de la navigation, il a été admis que l'ensemble des cours d'eau navigables sont partie intégrante d'un même réseau navigable et que, par conséquent, ils font l'objet de règles juridiques uniformes : voir, par exemple, l'affaire *Whitebread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, 1299 ; voir également P.W. HOGG, préc., note 81, p. 22-22 et 22-22.1. Sur la question de l'aéronautique, la Cour suprême a reconnu le caractère indivisible de l'espace aérien, qu'importe la présence de considérations purement intraprovinciales : voir, par exemple, l'affaire *Québec c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 ; voir également P.W. HOGG, préc., note 81, p. 22-24. En matière de radiocommunication, les juges de la Cour suprême ont d'ailleurs estimé qu'il serait incongru d'ignorer la continuité du réseau de diffusion et de « diviser [...] ce qui, de façon fonctionnelle, [est] un réseau interconnecté » : *Régie des services publics et autres c. Dionne et autres*, [1978] 2 R.C.S. 191, 197 (notre traduction) ; voir également P.W. HOGG, préc., note 81, p. 22-35.

161. B. LATOUR, préc., note 74, p. 183.

La troisième option d'échelle territoriale en matière de gouvernance de l'eau à l'échelle du bassin versant est celle des frontières hydrographiques régionales. Cette orientation repose sur le caractère local émanant des objectifs de gouvernance environnementale et peut être définie par l'intermédiaire de 25 régions de drainage dans tout le Canada¹⁶². La nature locale de la gouvernance environnementale a depuis longtemps été reconnue par la doctrine spécialisée. Par exemple, Elinor Ostrom faisait état, dans son célèbre ouvrage *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*¹⁶³, de toute l'importance à accorder aux conditions locales dans le processus de gouvernance des ressources communes. Grâce à l'étude de plusieurs institutions locales partout au monde, elle définit huit principes structurels (*design principles*)¹⁶⁴ qui caractérisent la mise en œuvre d'un modèle efficace de gouvernance des ressources communes. Le deuxième d'entre eux préconise une « adaptation aux conditions locales ». Un constat similaire dans le contexte de la gouvernance de l'eau à l'échelle du bassin versant a permis de conclure notamment ceci :

[I]t is important to note that [...] case studies reinforced the fact that each watershed has region-specific issues, needs and responses. An approach that builds on local strengths and addresses local and regional barriers is increasingly relevant [...] All case studies made a strong case for focusing on local goals and using local implementation. Local geopolitical context, local social capital and motivation, and region-specific climate and hydrological data are key inputs into any agri-environment initiative development¹⁶⁵.

Ainsi, les mécanismes de gouvernance de l'eau par bassin versant, malgré leur dimension transfrontalière, se présentent comme « une suite d'interactions locales¹⁶⁶ ». Pourtant, si l'approche par bassins versants océaniques définissait des limites intrinsèques à sa nature même, l'approche par bassins versants régionaux crée une résonance similaire. En effet, les

162. Voir la carte des régions de drainage du Canada dans STATISTIQUE CANADA, « L'activité humaine et l'environnement : l'eau douce au Canada », p. 10, [En ligne], [www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/16-201-x/16-201-x2017000-fra.pdf?st=sq4BSwek] (10 janvier 2020). À noter que d'autres échelles régionales de bassins versants existent : leur usage varie en fonction des besoins. Par exemple, RESSOURCES NATURELLES CANADA, « Limites des bassins versants », [En ligne], [www.rncan.gc.ca/sciences-terre/geographie/information-topographique/programme-geobase-eaux-surface/20974] (10 janvier 2020), définit, aux fins de collecte de données, jusqu'à 1 382 bassins versants sur la totalité de la masse continentale canadienne.

163. Elinor Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

164. *Id.*, p. 90.

165. Dimple ROY et autres, *Agricultural Participation in Integrated Water Resources Management (IWRM) in Canada: Four Case Studies*, Winnipeg, IISD, 2011, p. 86.

166. B. LATOUR, note 74, p. 164.

limites de son action résident dans son incapacité à traiter des enjeux plus larges. En d'autres termes, tout comme l'approche à une échelle plus vaste ne peut être envisagée sans considérations locales, l'approche régionale ne peut simplement se présenter telle une addition d'initiatives locales indépendantes. L'interconnexion entre les localités s'avère essentielle, notamment en vue de définir la subsidiarité et la décentralisation. En ce sens, les frontières hydrographiques régionales ne peuvent constituer une pleine réponse aux enjeux contemporains de la gouvernance environnementale ; une approche territoriale plus étendue présenterait consécutivement une certaine pertinence, « not just because water resources are important to the nation [...], and not because it would be desirable to administer water uniformly across the country [...], but because it would not be possible for any province by itself to create the kind of all embracing, multi-use administrative agency that [...] would be ideal¹⁶⁷ ».

En raison de ces allers-retours entre une approche régionale confinée et les limites d'une conception territoriale plus étendue, la quatrième option d'échelle territoriale se présente à nous en matière de gouvernance de l'eau à l'échelle du bassin versant. Il faut ici se tourner vers un modèle territorial hybride basé sur une démarche multiscale. En effet, si « l'échelle [appropriée] n'intervient pas en passant d'un niveau local à un point de vue supérieur », elle n'est pas non plus définie par l'espace, mais plutôt par les interactions, pour finalement « étendre l'espace à tout [et] pour y placer chaque acteur à l'intérieur, *partes extra partes*¹⁶⁸ ». Dès lors, il faut aussi bien considérer les enjeux transfrontaliers générés par les problématiques environnementales modernes, tels les changements climatiques, et leurs effets à de plus grandes échelles territoriales que les dynamiques régionales et leur besoin d'une adaptation spécifique. Ces deux variables mènent à définir une approche à la fois hybride et multiscale de la notion de territoire en matière de gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant. L'imbrication de deux niveaux d'action dans la détermination du territoire approprié pour la gouvernance permet ainsi d'appréhender le fait que les conséquences du mode de vie des sociétés modernes s'étendent désormais largement au-delà de leurs propres limites et de leurs origines régionales. Autrement dit, les réalités régionales des bassins versants subissent, au sein même de leurs limites territoriales, des effets d'origine extérieure, mais les activités à l'intérieur de cette région hydrographique peuvent également provoquer des répercussions à

167. Dale GIBSON, « The Constitutional Context of Canadian Water Planning », (1969) 7 *Alberta L. Rev.* 71, 86.

168. B. LATOUR, préc., note 74, p. 141.

l'extérieur de celle-ci¹⁶⁹. Une interconnexion existe entre les territoires : elle exige une coordination résiliaire¹⁷⁰ et impose des limites inhérentes aux approches qui ne s'intéressent qu'à un seul espace, et ce, quelle que soit l'échelle retenue. Cette conception spatiale hybride évoque ce que nous qualifions de principe de subsidiarité territoriale et fait écho au constat selon lequel « les problématiques liées à l'environnement et aux ressources renouvelables ne sont généralement ni de petite ou de grande échelle, mais transversales aussi bien dans le temps que dans l'espace¹⁷¹ ».

Si une échelle territoriale hybride nous semble la plus cohérente au regard des enjeux propres à la gouvernance environnementale, cette conclusion n'échappe pas pour autant aux contraintes imposées par le droit constitutionnel. En effet, comment se défaire des enjeux interjuridictionnels caractérisant la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ? Pour répondre à cette question fondamentale, nous choisissons de qualifier, de façon automatique et pour chaque bassin versant, un caractère transfrontalier¹⁷². Comme nous l'avons vu, le recours à l'échelle du bassin versant a pour conséquence de générer des enjeux interjuridictionnels, au niveau aussi bien municipal, provincial ou national qu'international. Préconisées par les principes de la gouvernance environnementale, les frontières écosystémiques ne correspondent que très rarement aux frontières administratives classiques. Si nous définissons toute approche par bassin versant comme un instrument de nature transfrontalière à l'égard des territoires administratifs classiques, une possibilité d'englober les différentes considérations juridictionnelles se présente. En ce sens, peu importe que soient définis 5 bassins hydrographiques océaniques, 25 régions de drainage, 1 300 bassins versants locaux, ou une combinaison quelconque de ces derniers. En raison de la qualification « automatique » du caractère transfrontalier, ce qui s'appliquera à l'un des modèles territoriaux pourra

169. A. COHEN et S. DAVIDSON, préc., note 67, p. 4. Voir également Steven A. KENNETT, *Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1991, p. 29.

170. Le concept de coordination résiliaire sous-entend l'idée de considérer l'existence d'un réseau dans le processus de gouvernance. Dans le contexte de la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant, il s'agit de procéder à la coordination « à l'intérieur du territoire mais aussi en relation avec l'environnement externe du territoire » : F. LELOUP, L. MOYART et B. PECQUEUR, préc., note 151, à la page 329.

171. Carl FOLKE et autres, « The Problem of Fit between Ecosystems and Institutions : Ten Years Later », *Ecology and Society*, vol. 12, n° 1, 2007, p. 30, à la page 54 (notre traduction).

172. L'expression « caractère transfrontalier » prend ici une dimension juridique : elle contribue à qualifier le constat selon lequel un bassin versant recoupe plusieurs juridictions et peut ainsi revêtir une nature intermunicipale, interprovinciale ou internationale.

également valoir pour l'autre, car la question transfrontalière prévaudra en matière de considérations juridictionnelles. La qualification d'un caractère transfrontalier généralisé permet en ce sens d'homogénéiser le fonctionnement politique et juridique d'un bassin versant, de tenir compte des enjeux environnementaux ayant une portée plus large, tout en préservant la flexibilité nécessaire à la détermination du territoire approprié et en respectant les caractéristiques régionales qui en résultent.

En somme, l'échelle territoriale préconisée « ne correspond plus forcément à une unité politico administrative [classique]. Ses limites émergent du construit et ne sont pas données *ex ante*¹⁷³ ». L'espace résultant de cette analyse soulève néanmoins la question de l'organisation de l'action à son échelle, et la qualification d'un caractère transfrontalier généralisé influencera, nous le verrons, le raisonnement quant aux acteurs et aux fondements de gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant.

3.2 Qui sont les acteurs devant s'engager dans le processus de gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?

Considérer le bassin versant en tant qu'espace transfrontalier aux territoires administratifs nécessite parallèlement de repenser, ou du moins de remettre en question, l'inclusion des acteurs dans le processus décisionnel. Cet effort en faveur d'un revirement intellectuel entraîne nécessairement des collisions entre les cadres établis, c'est-à-dire entre les attirails législatifs et réglementaires des juridictions visées. Comme nous le verrons à la fin de cette section, l'influence du bassin versant à titre de territoire transfrontalier, et son incidence sur l'inclusion de certains acteurs, est déjà présente et se reflète dans certaines structures de gestion de l'eau telles que le Conseil du bassin du Mackenzie ou les organismes de bassins versants québécois. Cependant, avant d'aborder ces exemples institutionnels, nous estimons nécessaire d'examiner le cadre plus large du droit constitutionnel ainsi que son influence sur la participation des acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux dans le contexte de l'établissement de ces structures.

Rien, de prime abord, dans la structure constitutionnelle ne vient limiter la mise en place de processus participatifs, mais l'interprétation du partage des compétences influe certainement sur la balance du pouvoir entre les acteurs, et sur celui ou ceux qui détiendront la plus grande capacité à élaborer le cadre législatif et réglementaire de différents domaines. D'un point de vue constitutionnel, les deux premiers acteurs incontournables sont le Parlement fédéral et les provinces. Comme nous l'avons

173. F. LELOUP, L. MOYART et B. PECQUEUR, préc., note 151, p. 328 et 329.

vu précédemment, l'attribution au Parlement fédéral de la compétence sur la pollution interprovinciale¹⁷⁴, la navigation et le type d'embarcation pouvant circuler sur toute voie navigable¹⁷⁵, les pêcheries ainsi que, en raison de la théorie des dimensions nationales, la pollution des mers¹⁷⁶ lui accordent une influence importante sur la gouvernance de l'eau. L'étendue de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils a elle aussi un effet important, tout comme la compétence sur les ressources naturelles non renouvelables et les ressources forestières situées sur les territoires provinciaux¹⁷⁷. Ce partage des compétences rend donc inévitable, peu importe le bassin versant, l'influence des gouvernementaux provinciaux et du Parlement fédéral.

En contrepartie, ce partage des compétences peut aussi fortement limiter l'intervention de l'un des deux paliers. Certes, et nous l'avons souligné plus haut, l'étanchéité entre les compétences fédérales et provinciales a été réduite, notamment en raison des limitations imposées aux doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale. Pour autant, cela n'empêche pas la présence de certains facteurs qui pourraient venir restreindre la participation de l'un des paliers, par l'entremise de décisions des tribunaux ; c'est plus particulièrement le cas des provinces, alors même que la gouvernance par bassins versants repose en partie sur l'action locale. Par exemple, si elle n'est pas renversée en appel, la décision *Québec (Procureure générale) c. IMTT-Québec inc.*¹⁷⁸ pourrait faire en sorte que le processus d'évaluation environnemental de la province de Québec, en raison de la prépondérance fédérale, ne serait pas applicable aux administrations portuaires. Le gouvernement fédéral aurait démontré son intention, par la réforme complète de son propre processus, de ne plus soumettre les administrations portuaires aux lois provinciales en matière d'évaluations environnementales¹⁷⁹. Maintenu, cette décision viendrait limiter l'applicabilité des lois provinciales environnementales au domaine portuaire, lui-même lié à la protection de l'eau, et risquerait de créer des vides juridiques et des atteintes à la santé des citoyens en cas d'inaction du palier fédéral¹⁸⁰. Cette potentielle exclusion des provinces apparaît aussi dans l'application d'autres théories, notamment celle des dimensions

174. *Interprovincial Co-ops c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, 514.

175. *Chalets St-Adolphe inc. c. St-Adolphe d'Howard (Municipalité de)*, 2011 QCCA 1491.

176. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, préc., note 114, par. 36.

177. LC1867, préc., note 93, art. 92A (1).

178. *Québec (Procureure générale) c. IMTT-Québec inc.*, 2016 QCCS 4337.

179. *Id.*, par. 258.

180. David ROBITAILLE, « Environnement, aménagement du territoire et transports fédéraux : fédéralisme coordonné ou subordonné ? », (2018) 48 *R.G.D.* 7, 14.

nationales. Lorsqu'une matière possède «une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial¹⁸¹», elle peut désormais relever du Parlement fédéral. Cette théorie a permis, entre autres choses, l'octroi de la compétence sur la pollution des mers au palier fédéral¹⁸², tout comme pourrait l'être, au regard des récentes décisions des cours d'appel de l'Ontario et de la Saskatchewan¹⁸³, l'établissement de redevances minimales pour les émissions de gaz à effet de serre (GES)¹⁸⁴. Accordant une prérogative sur un domaine absent du partage des compétences, la théorie des dimensions nationales a pour conséquence d'empêcher un potentiel double aspect, car la compétence relative à la matière en question est expressément attribuée à un ordre de gouvernement¹⁸⁵. S'appuyant en particulier sur l'indice de «l'incapacité provinciale», elle ne peut cependant pas justifier «qu'un palier ou l'autre de gouvernement [ait] une compétence absolue pour régler un problème législatif¹⁸⁶», ce qui limite les effets négatifs sur l'exercice—et la participation—des provinces. Ces limitations, quoiqu'elles puissent être justifiées à l'appui du principe de subsidiarité, peuvent tout autant devenir problématiques dans un cadre de gouvernance environnementale. C'est pourquoi le respect des principes sous-jacents à la Constitution, et de leur influence sur certaines décisions telles que *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, doit continuer de représenter un élément essentiel à l'interprétation du partage des compétences : en effet, ces principes tendent à assouplir des interprétations strictes, pouvant déséquilibrer le partage des compétences en faveur d'un palier et limiter le pouvoir d'intervention de l'autre.

Si les mécanismes de droit constitutionnel s'intéressent principalement aux acteurs fédéral et provinciaux, qu'en est-il de ceux qui n'entrent pas dans l'une ou l'autre des deux catégories ? Bien que les peuples autochtones du Canada relèvent techniquement de la compétence fédérale¹⁸⁷, ils sont toutefois reconnus dans la Constitution canadienne par les droits dont ils bénéficient, que ce soit de façon ancestrale ou en vertu de traités

181. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, préc., note 114, par. 37.

182. *Id.*, par. 40.

183. *Re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 ONCA 544; *Reference Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 SKCA 40.

184. Nous nous référons ici, en l'absence de traduction officielle, aux termes employés par la Cour d'appel de la Saskatchewan, soit «the establishment of minimum national standards of price stringency for GHG emissions» : *Reference Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, préc., note 183, par. 163.

185. *Id.*, par. 130.

186. *R. c. Crown Zellerbach*, préc., note 114, par. 39.

187. LC1867, préc., note 93, art. 91 (24).

existants¹⁸⁸. Si la reconnaissance de ces droits ouvre la porte de l'autonomie gouvernementale, elle impose également une obligation au gouvernement, qu'il soit fédéral ou provincial, de consulter et d'accommoder les peuples autochtones lorsqu'il transige avec ces derniers¹⁸⁹. Cette obligation fait « partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation » découlant de l'article 35 (1) de la LC1867¹⁹⁰. La nature et l'étendue de la consultation devant avoir lieu sont variables, mais elles exigent la plupart du temps plus qu'une simple discussion, certaines situations pouvant même se rendre jusqu'à requérir l'obtention du consentement d'une nation autochtone¹⁹¹. Cette obligation ne s'applique pas seulement aux titres prouvés, mais aussi aux revendications de droits et de titres ancestraux, et varie alors également selon les circonstances et la solidité du titre revendiqué. Dans cette situation, elle imposera au minimum « d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis¹⁹² » et se rendra éventuellement jusqu'à l'organisation de consultations approfondies avec les peuples autochtones visés¹⁹³.

La reconnaissance des droits ancestraux ou issus de traités fait des peuples autochtones des acteurs à part entière de la gouvernance de nombreux bassins versants. Ainsi, dans un litige opposant la Première Nation Nacho Nyak Dun au gouvernement du Yukon¹⁹⁴, la décision unilatérale de ce dernier d'approuver le plan d'aménagement du territoire pour la région du bassin hydrographique de la rivière Peel a été annulée par les tribunaux, alors que l'Accord-cadre définitif représentait, selon la Cour suprême du Canada, « un accord monumental qui ouvre la voie à la conclusion de traités modernes au Yukon¹⁹⁵ » en établissant un processus de collaboration. Les dernières étapes de l'élaboration du plan d'aménagement pour ce bassin hydrographique avaient été marquées par la décision du gouvernement territorial d'adopter un plan définitif comprenant des changements importants à la version préalablement approuvée par les Premières Nations visées. Spécifiant que les consultations prévues dans

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

189. *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765.

190. *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 32.

191. *Delgamukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168.

192. *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 190, par. 43.

193. *Id.*, par. 44.

194. *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576.

195. *Id.*, par. 2.

l'Accord-cadre et les ententes officielles avaient pour objet de favoriser un véritable dialogue entre les parties et les membres des collectivités touchées¹⁹⁶, et que le chapitre de l'Accord-cadre objet du litige concernait «un objectif clair qui consiste à veiller à ce que les Premières Nations participent véritablement au processus d'aménagement de leur territoire traditionnel¹⁹⁷», la Cour suprême a conclu en l'instance que le pouvoir du Yukon de modifier la version définitive d'un plan recommandé était limité¹⁹⁸. Cependant, malgré que cette décision soit envisagée comme un acte de réconciliation, il est important de remarquer que, si l'autorité des communautés autochtones à l'égard de la question environnementale, notamment en ce qui concerne l'eau, est établie en vertu de ces dispositions, et de leur application au sein de la jurisprudence, la portée de ces responsabilités n'est toujours pas clairement établie dans les faits¹⁹⁹.

Par ailleurs, les municipalités, étant d'un point de vue constitutionnel des créatures des provinces, se trouvent ainsi dans une situation ambiguë. Bien qu'elles dérivent d'un champ de compétence provinciale, elles possèdent néanmoins un rôle non négligeable en matière de protection de l'eau. Il est notamment question de compétences, encadrées par les lois de chaque province, liées à la protection de l'eau potable, au traitement des eaux usées ou à l'aménagement du territoire. La décision *Wallot c. Québec (Ville de)*, de la Cour d'appel du Québec, a rappelé que la protection de l'environnement par les municipalités²⁰⁰ ne peut pas être considérée comme une fin illégitime si elle est exercée «dans le respect du partage des compétences de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁰¹». Dans le même sens, la Cour suprême a reconnu en 2001 que, dans le respect du partage des compétences, les municipalités peuvent renforcer les normes nationales environnementales par l'adoption de leurs propres règlements, entre autres, au regard de l'utilisation des pesticides²⁰². Ces décisions en elles-mêmes ne font pas des municipalités des acteurs constitutionnels indépendants mais, d'une part, elles reconnaissent l'importance de leur rôle en

196. *Id.*, par. 45.

197. *Id.*, par. 47.

198. *Id.*, par. 48.

199. Merrell-Ann PHARE, «Restoring the Lifeblood: Water, First Nations and Opportunities for Change», 2011, [En ligne], [www.onwa.ca/upload/documents/first-nation-water-report-lo-res.pdf] (10 janvier 2020).

200. La décision concernait un règlement dont l'objet était de préserver la qualité de l'eau du lac Saint-Charles et la prolifération de cyanobactéries en limitant le déboisement des berges: *Wallot c. Québec (ville de)*, 2011 QCCA 1165, par. 39 et 59.

201. *Id.*, par. 39.

202. *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, préc., note 112.

matière de protection environnementale et, d'autre part, elles témoignent de l'élargissement de leurs pouvoirs au cours des dernières décennies²⁰³.

Ces quatre acteurs, et leurs pouvoirs respectifs quant à la gouvernance environnementale, ne représentent pas toutes les voix en présence. La société civile, les organisations non gouvernementales, le milieu agricole ou le milieu industriel font également partie des nombreux acteurs dont les faits et gestes ont une influence sur la gouvernance des bassins versants. Dans ce domaine, force est de constater que leur inclusion relève plus de la volonté des gouvernements fédéral et provinciaux que d'une obligation constitutionnelle. Bien entendu, la démocratie, en tant que principe sous-jacent au texte constitutionnel, peut être liée à la participation ; cependant, sa description en tant que « mode de fonctionnement d'un gouvernement représentatif et responsable » ainsi que son interprétation comme « droit des citoyens de participer au processus politique [à titre d']électeurs²⁰⁴ » n'appuient pas concrètement son usage en tant que tel. Elle appelle au fait qu'aucune majorité n'est plus ou moins légitime pour exprimer l'opinion démocratique, et qu'un « système fédéral de gouvernement permet à différentes provinces de mettre en œuvre des politiques adaptées aux préoccupations et aux intérêts particuliers de leur population²⁰⁵ ». Elle se limite néanmoins au contexte spécifique du dialogue fédéral-provincial. L'engagement des acteurs non étatiques repose donc sur la nature de structures créées par les autorités fédérales ou provinciales ou encore dans un cadre intergouvernemental.

Ces considérations nous ramènent ainsi aux valeurs prônées par la gouvernance environnementale, notamment en ce qui concerne l'apport d'acteurs venant de milieux distincts. En effet, en préconisant l'engagement d'une diversité d'acteurs, la gouvernance environnementale met l'accent sur la multiplicité et la variété, que ce soit à l'égard de leur nature, de leur statut ou de leur niveau d'action²⁰⁶. La prise en considérations de la pluralité des dynamiques liées au processus de gouvernance environnementale permet en ce sens de tenir compte des intérêts divergents et des usages concurrents en la matière ; dans le contexte de la gestion à l'échelle du bassin versant par exemple, la perception de l'eau, de son utilité et de sa valeur, prônée par un agriculteur, sera probablement différente de celle qui sera défendue par une organisation non gouvernementale. Comme nous en avons discuté précédemment, l'introduction d'un réel modèle

203. R. NADEAU, préc., note 42, p. 90 et suiv.

204. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 95, par. 65.

205. *Id.*, par. 66.

206. F. LELOUP, L. MOYART et B. PECQUEUR, préc., note 151, p. 325.

participatif, réunissant des groupes qui généralement ne prennent pas part au processus décisionnel²⁰⁷, et dont les positions dressent un état des lieux, tisserait un modèle plus représentatif des dynamiques territoriales et assurerait, par conséquent, la prise de meilleures décisions d'un point de vue environnemental²⁰⁸.

Il faut éviter une structure désordonnée, où chaque acteur agit de son côté dans son champ plus ou moins restreint d'intervention, et c'est pourquoi, les principes constitutionnels ne fournissant pas toutes les réponses, il est intéressant d'observer des modèles de gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant et la façon dont ils ont procédé à l'engagement des acteurs étatiques et non étatiques. Les cas du Conseil de bassin du Mackenzie et des organismes de bassins versants québécois montrent que le territoire devrait influencer davantage la nature des acteurs qui participent au processus de gouvernance environnementale. En effet, le Conseil de bassin du Mackenzie, dont l'établissement résulte d'un accord signé entre les gouvernements du Canada, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon²⁰⁹, n'inclut aucun acteur de la société civile. Cependant, l'entente intergouvernementale prévoit la présence, au Conseil même, de représentants autochtones pour chacune de ces régions²¹⁰. Pour leur part, les organismes de bassins versants québécois tentent de tracer un portrait plus représentatif des acteurs de l'eau à l'échelle régionale. Ils prévoient «une représentation équilibrée des utilisateurs et des divers milieux intéressés, dont le milieu gouvernemental, autochtone, municipal, économique, environnemental, agricole et communautaire, dans la composition²¹¹» de cette structure institutionnelle.

207. Jens NEWIG et Eva KVARDA, «Participation in Environmental Governance», dans Karl HOLG et autres (dir.), *Environmental Governance. The Challenge of Legitimacy and Effectiveness*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 29, à la page 32.

208. Eva KVARDA et Ralf NORDBECK, «Legitimacy and Policy Effectiveness of National Strategies for Sustainability in Austria», dans K. HOLG et autres (dir.), préc., note 207, p. 69, à la page 69.

209. *Mackenzie River Basin Transboundary Waters Master Agreement*, 24 juillet 1997, [En ligne], [open.alberta.ca/dataset/a9d6c809-b7f1-4c3a-ac50-5a2194a1b7a0/resource/e0681073-168b-4204-b433-aa41322bedab/download/mackenzie-river-basin-transboundary-waters-master-agreement.pdf] (10 janvier 2020).

210. *Id.*, part D, art. 1.

211. *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. 14 (3) a). Voir également Alexandre LILLO, «Un bilan de la Politique nationale de l'eau (2002-2017) au Québec à la lumière de l'éthique environnementale : entre initiatives et suffisances», (2018) 14 *R.D.D.M.* 71, 87 et suiv.

Ainsi, les caractéristiques socioenvironnementales du territoire devraient servir à dresser un portrait des acteurs à inclure dans de tels mécanismes. Ce constat doit néanmoins être légèrement nuancé. Établir une table ronde d'acteurs reflétant exactement les dynamiques du territoire pourrait engendrer un *statu quo* ou, à tout le moins, une série d'obstacles à surmonter. Les acteurs minoritaires pourraient continuer à subir les répercussions néfastes d'acteurs majoritaires. Dès lors, la définition des acteurs engagés dans le processus de gestion, et surtout leur capacité à interagir, devrait être équilibrée par des principes dirigeant l'organisation. Il est en ce sens essentiel de définir les fondements sur lesquels la gouvernance environnementale devrait être établie.

3.3 Sur quels fondements convient-il de structurer la gouvernance environnementale à l'échelle du bassin versant ?

À la section 3.2, nous avons soulevé l'importance d'inclure une diversité d'acteurs de tous les milieux au sein de la gouvernance des bassins versants. Cependant, la présence d'un nombre grandissant d'acteurs peut elle-même engendrer de nouvelles problématiques, en raison de la multiplicité d'intérêts entrecroisés. La gouvernance de l'eau est bien sûr caractérisée par la diversité — personnes physiques et morales, autant privées que publiques —, mais l'absence de coordination entre les acteurs entraîne un manque d'harmonisation entre leurs interactions²¹². Comment parvenir ou, du moins, tenter d'atteindre une action coordonnée des différents acteurs, et d'un point de vue constitutionnel, entre les ordres de gouvernement ?

Le fédéralisme canadien et ses doctrines d'interprétation comprennent à la fois une conception dualiste et coopérative²¹³. La conception dualiste se reflète dans la notion de compartiments et d'exclusivité de la LC1867, et implique des relations, « parfois similaires à des relations diplomatiques²¹⁴ », entre les provinces et le fédéral. La conception coopérative se base davantage sur l'élaboration de normes négociées par les unités d'une fédération, implantées à partir du niveau fédéral puis intégrées par toutes les autres unités — structure pouvant d'ailleurs rappeler celle de l'Union européenne²¹⁵. Bien que la conception dualiste du fédéralisme ait été confrontée à l'évolution de l'interprétation du partage des compétences,

212. A. LILLO, préc., note 1, 138.

213. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back ? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), préc., note 85, p. 391, à la page 394.

214. *Id.* (notre traduction).

215. *Id.*, à la page 395.

elle demeure bien présente, s'opposant même en certaines occasions aux tentatives de coopération entre les différents paliers²¹⁶.

Malgré cette double conception, un nombre important d'accords intergouvernementaux ont été conclus à l'échelle provinciale-fédérale. Durant les dernières décennies, les efforts communs du gouvernement fédéral et des provinces ont permis d'assurer une meilleure intervention relativement à plusieurs enjeux environnementaux, comme la lutte contre les pluies acides ou la diminution de la couche d'ozone²¹⁷. Il est cependant presque impossible, en l'absence de compilation exhaustive, de connaître le nombre exact d'ententes signées²¹⁸. À titre d'exemple, le site Web du Secrétariat aux relations canadiennes du Québec en recense 59, uniquement en matière environnementale, conclues avec le gouvernement fédéral ou d'autres provinces. Ces ententes portent notamment sur les émissions de GES, le partage des coûts relatifs à la mise en œuvre d'une entente pour le rétablissement des espèces en péril et la collecte d'information nécessaire à la réglementation environnementale fédérale dans le secteur des pâtes et papiers²¹⁹. En matière de gouvernance de l'eau, la *Loi sur les ressources en eau du Canada*²²⁰ permet au ministre fédéral de l'Environnement de conclure, dans l'objectif de faciliter l'établissement de politiques et d'outils relatifs aux ressources en eau au Canada, des ententes avec des gouvernements provinciaux afin de mettre en place des comités intergouvernementaux ou tout autre organisme pour favoriser la coordination en la matière²²¹. La *Loi sur les ressources en eau* permet aussi d'établir, lorsque la gestion des ressources en eau est une question d'intérêt national importante, des programmes fédéro-provinciaux spécifiques²²². En vertu de cette loi, plusieurs ententes ont été conclues, dont des arrangements ou des accords liés aux collaborations ou aux programmes intergouvernementaux de gestion de l'eau²²³. Pour ce qui de la matière environnementale au sens large, le Conseil canadien des ministres de l'environnement (CCME), qui a pour objectif de mener «une action concertée dans des dossiers

216. *Id.*, à la page 398.

217. David BOYD, *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*, Vancouver, UBC Press, 2003, p. 219.

218. Johanne POIRIER, «Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien: les ententes intergouvernementales», (2009) 1 *R.Q.D.C.* 1, 6.

219. Voir QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX RELATIONS CANADIENNES, «Ententes intergouvernementales», [En ligne], [www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/ententes-intergouvernementales] (30 janvier 2018).

220. *Loi sur les ressources en eau du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-11.

221. *Id.*, art. 4.

222. *Id.*, art. 5.

223. Voir ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE CANADA, préc., note 158.

environnementaux d'intérêt national et international²²⁴ », se présente comme une instance de coopération intergouvernementale. Le CCME comprend notamment un comité de gestion de l'eau, chargé de « recommander des priorités de collaboration sur des enjeux existants et émergents dans le domaine de l'eau et de coordonner l'exécution des activités prévues dans le cadre de la vision stratégique du CCME pour l'eau²²⁵ ».

Dès qu'il est question de la collaboration, retracer les initiatives en la matière devient plus complexe. Par exemple, la collaboration directe entre les municipalités et le gouvernement fédéral se révèle plus difficile qu'entre ce dernier et les provinces. L'un des obstacles à cet exercice relève d'ailleurs de la protection que les provinces accordent à leurs compétences, y compris celles sur les municipalités²²⁶. Une province peut en effet limiter la capacité des municipalités à conclure des ententes avec le gouvernement fédéral. Ainsi, bien qu'en Ontario les municipalités soient libres de le faire pour les questions relevant de leur compétence²²⁷, la situation est différente au Québec. En vertu de la *Loi sur le ministère du Conseil exécutif*²²⁸, une municipalité ne peut pas, sauf si cela est prévu par la loi, conclure une entente avec un autre gouvernement du Canada ou un organisme public fédéral sans l'autorisation préalable de la province²²⁹. D'un autre côté, les provinces n'ont, à première vue, aucune obligation de consulter les municipalités. Dans le contexte de l'enjeu des fusions municipales en Ontario, la Cour de justice de l'Ontario a conclu qu'il n'existe pas de convention constitutionnelle imposant un devoir de consultation envers les municipalités²³⁰. À l'échelle pancanadienne certains programmes provincial-municipal peuvent être recensés. En Ontario par exemple, on trouve un partenariat entre le gouvernement provincial et les municipalités pour mettre en œuvre des mesures de protection des sources d'eau potable. Sur le fondement de la *Loi sur l'eau saine*²³¹, plusieurs programmes de

224. CONSEIL CANADIEN DES MINISTRES DE L'ENVIRONNEMENT, « À propos », 2014, [En ligne], [www.ccme.ca/fr/about/index.html] (10 janvier 2020).

225. CONSEIL CANADIEN DES MINISTRES DE L'ENVIRONNEMENT, « Comité de gestion de l'eau », [En ligne], [www.ccme.ca/fr/about/personnes_ressources/water_management_committee.html] (10 janvier 2020).

226. Michael DEWING, William R. YOUNG et Erin TOLLEY, « Municipalities, the Constitution, and the Canadian Federal System », *Bibliothèque du Parlement*, 2006, p. 1, [En ligne], [publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/BP-e/bp276-1e.pdf] (10 janvier 2020).

227. *Loi de 2001 sur les municipalités*, L.O. 2001, c. 25, art. 3.1.

228. *Loi sur le ministère du Conseil exécutif*, RLRQ, c. M-30.

229. *Id.*, art. 3.11.

230. *East York (Borough) v. Ontario (Attorney General)*, 34 O.R. (3d) 789.

231. *Loi de 2006 sur l'eau saine*, L.O. 2006, c-22, art. 26, 37 et suiv.

collaboratives et composées d'acteurs diversifiés, représentant les différents bassins versants partout au Canada. Le format d'une telle structure devrait cependant répondre à certains impératifs constitutionnels, notamment en ce qui a trait à la délégation de pouvoirs et, comme nous le verrons en examinant des décisions récentes, à ce que les cours appellent le « fédéralisme coopératif ».

Malgré leur soumission à diverses contraintes, le palier fédéral ou les provinces ont la possibilité de déléguer leurs pouvoirs si certaines règles sont respectées. Dès les années 30, le Bureau du Conseil privé encourageait les structures législatives à favoriser la coopération, reconnaissant que dans certaines matières ni le Parlement ni les provinces ne possédaient la compétence voulue pour mettre en place des mesures efficaces²³⁸. Cette coopération peut être achevée par divers moyens, y compris l'interdélégation de pouvoirs entre les paliers fédéral et provinciaux. Bien qu'il ne soit pas possible pour une législature de déléguer directement sa compétence législative²³⁹, la délégation de type administratif, où les fonctions exécutives sont transférées à l'autre palier²⁴⁰, est permise. Ainsi, le Parlement « a le pouvoir d'habiliter un organisme provincial à exercer, à l'égard d'une question de compétence fédérale, les pouvoirs dont il est investi dans un domaine de compétence provinciale²⁴¹ ». Il est aussi possible pour une juridiction de simplement incorporer, par renvoi, les dispositions législatives d'une autre²⁴², ou de déferer l'application d'une loi à certaines conditions. Par exemple, une province pourra soumettre l'application d'une loi à une municipalité au résultat du vote qui y sera tenu²⁴³. Ces possibilités de délégation offrent aussi, à notre avis, suffisamment de latitude pour la création de structures coopératives qui faciliteront la gouvernance des bassins versants, tant que les pouvoirs délégués demeurent de l'ordre exécutif. Récemment, la Cour suprême a d'ailleurs reconnu la possibilité de mettre en place une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières relevant d'un organisme unique²⁴⁴, structure qui pourrait, au regard de leurs caractéristiques, inspirer la création d'organismes de bassins versants.

238. P.W. HOGG, préc., note 81, p. 14-17.

239. A.-G. (Can.) v. A.-G. (Ont.), [1937] A.C. 355.

240. J.-Fr. GAUDREAU-DESBIENS et J. POIRIER, préc., note 213, à la page 395.

241. *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292, par. 52, citant l'affaire *P.E.I. Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392.

242. A.-G. Ont. v. *Scott*, [1956] S.C.R. 137.

243. *Siemens c. Manitoba (P.G.)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6.

244. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189.

Qu'en est-il de la reconnaissance continue de ces structures collaboratives ? La réponse à cette interrogation se trouve en partie dans une extension au principe du fédéralisme, soit le fédéralisme coopératif. Ce dernier reconnaît en effet la nécessité d'une action venant simultanément du fédéral et des provinces dans de nombreux secteurs, ainsi que l'application concurrente de leurs compétences respectives²⁴⁵. Il a pour objet de favoriser « une lecture plus souple de ces compétences de façon à éviter autant que possible les “compartiments étanches” qui empêcheraient l'action combinée des ordres de gouvernement²⁴⁶ ». Il décourage ainsi l'intervention des tribunaux dans des régimes de réglementation coopératifs, tant que ceux-ci respectent les limites imposées par le droit constitutionnel²⁴⁷. Plus encore, selon la Cour suprême, « le fédéralisme coopératif décrit des situations où différents ordres de gouvernement travaillent de concert au départ pour [...] établir un régime réglementaire qui pourrait outrepasser la compétence d'une assemblée législative à elle-seule²⁴⁸ ».

Cependant, l'interprétation du fédéralisme coopératif a été considérablement restreinte par la Cour suprême. Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*²⁴⁹, la Cour suprême a déterminé que le fédéralisme coopératif devait être considéré comme un principe d'interprétation pour assouplir certaines doctrines constitutionnelles, mais qu'il ne peut pas imposer des limites à l'exercice, par ailleurs valable, d'une compétence législative²⁵⁰. En vertu du fédéralisme coopératif, il n'est donc pas possible d'obliger un palier à coopérer lorsque le partage des compétences autorise une intervention unilatérale²⁵¹, et ce principe ne fait pas perdre la validité d'une loi fédérale en l'absence d'un système coopératif²⁵². Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Comeau*, la Cour suprême a rappelé que le principe sous-jacent à la Constitution est le fédéralisme, et non le fédéralisme coopératif. Ce dernier s'avère utile pour les contestations liées à des régimes réglementaires communs, alors que le fédéralisme n'impose aucune restriction à l'exercice des pouvoirs des deux paliers²⁵³. Si cela suppose que le fédéralisme coopératif encourage la formation de structures collaboratives entre le fédéral et les provinces, il ne limite pas pour autant

245. H. TRUDEAU, préc., note 100, à la page 213.

246. *Id.*

247. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 98, par. 57.

248. *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 87.

249. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693.

250. *Id.*, par. 17-19.

251. *Id.*, par. 20.

252. *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 421.

253. *R. c. Comeau*, préc., note 248, par. 87.

le pouvoir unilatéral d'une des parties à quitter cette structure lorsqu'elle ne désire plus coopérer²⁵⁴. Il en résulte que la potentielle portée du fédéralisme coopératif « s'estompe lorsque des résistances surviennent entre les ordres de gouvernement²⁵⁵ ». Cette interprétation vient certainement limiter la stabilité d'une structure collaborative pour la gestion des bassins versants, sa viabilité dépendant encore davantage des considérations politiques à l'ordre du jour. Les autres acteurs, que ce soit les gouvernements autochtones, la société civile ou, jusqu'à un certain point, les municipalités, ne sont pas protégés par des principes constitutionnels au regard de leur inclusion dans des processus décisionnels et ils en deviennent d'autant plus vulnérables si le fédéral et les provinces n'ont aucune obligation de coopérer ou de demeurer dans des structures collaboratives par ailleurs valides.

Toutefois, malgré une interprétation désormais circonscrite, le fédéralisme coopératif reste un outil pertinent dans la construction d'un régime pancanadien de gestion de l'eau par bassin versant. En tant que principe d'orientation, il définit la logique interne à cette initiative. S'il ne semble pas avoir l'autorité pour justifier à lui seul l'établissement de mécanismes de coopération, il inspire pour autant une philosophie dans la construction coordonnée d'un tel modèle. En effet, il reconnaît et embrasse la diversité des composantes d'un système²⁵⁶, leurs interconnexions, et, de par ce fait, il se tourne vers l'égalité entre les acteurs, la souplesse et l'harmonisation des relations. En raison de cette conception du fédéralisme coopératif, nous percevons la coopération comme un moyen au service d'une meilleure coordination²⁵⁷. Ce principe permet ainsi de définir clairement les fondements d'une coopération intergouvernementale et non simplement une responsabilité partagée.

En résumé, bien que des structures collaboratives soient déjà en place au Canada, et nous en avons abordé brièvement un certain nombre plus haut, le manque d'unicité et d'harmonisation en la matière, le traitement et l'inclusion inégale des différents types d'acteurs ainsi que la mainmise du fédéral et des provinces sur la majorité de ces structures viennent limiter l'application des principes de la gouvernance environnementale. Pourtant, malgré l'existence de limites interprétatives à de telles structures, les outils constitutionnels nécessaires à leur systématisation sont présents. Que ce soit l'impulsion idéologique du fédéralisme coopératif ou la fonctionnalité

254. J.-Fr. GAUDREAU-DESBIENS et J. POIRIER, préc., note 213, à la page 411.

255. *Id.* (notre traduction).

256. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 95, par. 58.

257. Noura KARAZIVAN, « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières », (2016) 46 *R.G.D.* 419, 439 et 440.

juridique de l'interdélégation, la perspective d'un régime pancanadien de gouvernance environnementale ne relève pas simplement du mythe constitutionnel. La combinaison de ces principes, y compris la subsidiarité, fait que la formation d'une structure pour coordonner l'action des multiples organismes liés à la gouvernance des bassins versants à l'échelle canadienne pourrait être avantageuse, notamment en ce qu'elle permettrait de préserver les spécificités régionales et d'assurer l'inclusion de l'ensemble des acteurs visés.

Conclusion

Les interactions entre la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel sont complexes juridiquement et épineuses politiquement. À travers le prisme du territoire, il est possible d'analyser les interactions entre les principes de la gouvernance environnementale et ceux du droit constitutionnel, les obstacles interprétatifs qui en résultent et la façon dont ces deux sphères pourraient coexister.

L'interprétation de la notion de territoire par la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel a créé un espace conflictuel entre ces deux disciplines qui, chacune, en préconisent une variante et une dynamique différentes. Plus encore, il semble exister une sorte de relation de pouvoir entre ces deux sphères car les limites imposées à la conception du territoire par la gouvernance environnementale se rattacheront nécessairement à la question constitutionnelle. Cela s'explique principalement par l'inhérence de la structure fédérale canadienne aux normes fixées par cette branche du droit. Il y a donc une influence systématique, plus ou moins nuancée, de la matière constitutionnelle ; cet état de fait est d'autant plus fort lorsqu'il est question de l'environnement dans le contexte du *xxi^e* siècle. Si notre analyse fait état, en ce sens, d'un choc entre deux mondes, il apparaît néanmoins de nos jours un mouvement cherchant à adapter certains outils classiques du droit constitutionnel aux valeurs véhiculées par la gouvernance environnementale, et ce, afin de formuler une réponse juridique cohérente au regard des enjeux environnementaux contemporains.

À vrai dire, les perspectives présentées par la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel ne semblent pas être fondamentalement incompatibles. Plus précisément, notre article démontre que le constat est quelque peu déroutant : de nombreux outils cherchent à faciliter la cohabitation entre les dogmes du droit constitutionnel et les valeurs de la gouvernance environnementale, mais ils sont souvent isolés et demeurent relativement inefficaces. L'exemple de la gestion par bassin versant s'est montré pertinent à cet effet. Certaines initiatives adoptent une perspective

intergouvernementale, alors que d'autres se limitent à des considérations provinciales. De même, quelques modèles procèdent au regroupement d'une diversité d'acteurs, notamment non gouvernementaux, alors que d'autres n'intègrent que les autorités gouvernementales. Les variations de modèles fondées sur certaines valeurs de la gouvernance environnementale, telles que la diversité d'acteurs, et recourant à certains principes du droit constitutionnel, tel le fédéralisme coopératif, font état d'une hybridation et témoignent de la compatibilité potentielle entre ces deux sphères. Par exemple, si le recours aux principes de la gouvernance environnementale n'a pas le choix de trouver ses sources dans les fondements constitutionnels, l'adaptation de ces derniers n'est pas pour autant synonyme d'une perspective irréaliste et d'enjeux incompatibles. Le fédéralisme canadien ne saurait être complètement hermétique aux mécanismes modernes de protection environnementale.

Certaines limites établies jusqu'à maintenant contribuent à caractériser la complexité du défi qu'il reste à accomplir. Ce sont principalement des enjeux relatifs au niveau d'échelle territoriale appropriée, à la nature essentiellement gouvernementale des acteurs engagés dans le processus de gouvernance, à la rareté des outils juridiques ayant pour objet d'y faire participer la société civile, mais aussi aux tensions idéologiques pouvant émaner des interactions entre le droit constitutionnel et la gouvernance environnementale. Pour autant, le concept de territoire ne se réduit ni à un dénominateur commun à l'analyse proposée, ni à un indicateur permettant de mettre en évidence les limites en la matière. Par les interprétations disciplinaires qui en sont faites, il définit un référentiel flexible et malléable. À cet effet, plusieurs recommandations peuvent être formulées pour renforcer la compatibilité des espaces constitutionnels et environnementaux, notamment :

- de préconiser des échelles d'actions biorégionales, dont l'utilisation assure une logique relativement aux enjeux environnementaux en présence ;
- d'encourager, dans le contexte de la gouvernance de l'eau, le recours à deux niveaux d'action territoriale afin de prendre en considération la dimension transfrontalière des pressions sur l'eau et le caractère local du processus de gestion ;
- de caractériser la dimension transfrontalière des échelles biorégionales retenues ;
- de favoriser une participation d'acteurs diversifiés qui fournit un portrait représentatif du territoire d'action défini ;

- d'appuyer une dynamique de représentation équilibrée entre les acteurs ;
- de promouvoir la création d'une structure institutionnelle à caractère intergouvernemental ;
- d'adopter une conception coopérative du fédéralisme comme logique interne ;
- de soutenir l'utilisation plus régulière (ou plus explicite) de l'article 4 de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*.

La formulation de ces recommandations n'est pas une fin en soi. De nombreuses recherches additionnelles devront être réalisées en la matière pour construire des modèles de gouvernance fonctionnels et adaptés aux réalités environnementales, sociales et juridiques canadiennes. Des questions relatives à la structure institutionnelle, à l'équilibre des pouvoirs entre les acteurs visés ou encore à la potentielle représentativité de la nature restent en suspens, et la contribution de chercheurs de divers horizons semble essentielle en la matière. Malgré la complexité de ce défi, la définition d'un territoire d'action pertinent quant aux enjeux communs auxquels la société fait face et dont l'existence respecte les traditions constitutionnelles canadiennes constitue un objectif incontournable. Un tel accomplissement poserait une première fondation nécessaire à la perspective d'une approche pancanadienne des enjeux environnementaux.