

L'évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones : le défi de l'interdépendance*

Ghislain Otis*

Introduction

L'évocation d'une « évolution constitutionnelle » du Québec rendra sans doute perplexes bon nombre d'observateurs de notre vie politique et juridique des quarante dernières années. La perception de stagnation voire de régression dans la recherche séculaire du Québec d'un renouveau dans ses rapports avec la fédération canadienne a en effet largement occulté les mutations profondes qui ont marqué, pendant la même époque, notre relation avec les peuples autochtones. Pourtant, en quelques décennies, notre rapport aux premiers peuples a évolué au point de nous faire passer d'une relation typiquement coloniale à une dynamique constitutionnelle d'interdépendance qui sera peut-être elle-même le prélude d'un mouvement, dans les prochaines décennies, vers une constitution de type postcolonial, c'est-à-dire fondée sur le principe d'égalité des nations. La difficulté persistante de notre inscription nationale dans l'ordre constitutionnel ne doit plus nous empêcher de reconnaître qu'il existe au Québec et au Canada un « triangle nationalitaire »¹ et que notre voisinage avec les autochtones engage tout autant que le couple Québec-Canada les déterminants fondamentaux de notre devenir que sont le partage de la légitimité historique, de la richesse et du pouvoir en ce coin d'Amérique.

Je profiterai de cette conférence pour retracer quelques étapes de cette évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones et pour donner la mesure du défi que pose à chacun des protagonistes un régime émergent d'interdépendance. J'espère notamment faire ressortir la nécessité immédiate pour la majorité des Québécois de revisiter certaines croyances, souvent tenues pour indiscutables, relativement aux origines de l'État, à la subordination constitutionnelle des autochtones, la propriété du territoire et au contrôle des ressources.

I- L'héritage colonial

Le Québec contemporain bénéficie grandement du succès remarquable de l'aventure coloniale européenne lancée en Amérique au dix-septième siècle

* Quelques pages de ce texte (la section IV) sont tirées d'un article paru en 2003 dans *Québec 2004* publié chez Fides sous le titre « Le Québec sur la voie d'un traité postcolonial avec les Innus? ».

* Professeur titulaire, Université Laval, Avocat.

¹ Voir J.-J. Simard, *La réduction, l'autochtone inventé et les amérindiens d'aujourd'hui*, Septentrion, 2003, p. 93. L'auteur parle d'un « tripode nationalitaire ».

et poursuivie sans relâche jusqu'à l'aube du vingt-et-unième siècle. L'État moderne est devenu prééminent sur la majeure partie du continent, la population issue des cycles de migration transcontinentale s'est répandue et contrôlé sans partage tous les leviers importants du pouvoir ce qui lui a permis de mobiliser massivement les ressources naturelles renouvelables et non renouvelables au profit d'une économie de marché efficiente et d'une conception technoscientifique du développement humain. Nous en sommes venus à oublier que cette marche apparemment irrésistible s'est accompagnée, comme tous les colonialismes, d'une marginalisation systématique des collectivités indigènes qui avaient de tout temps occupé et contrôlé, à leur manière, le territoire.

Le propre de l'entreprise coloniale est de reposer sur la fiction d'une continuité territoriale et institutionnelle entre la puissance coloniale et le pays colonisé², sur la dénégation des droits politiques des populations soumises et sur le dogme juridique de la souveraineté du colonisateur. C'est bien là le lourd héritage qui hypothèque nos relations avec les autochtones qui, malgré les vicissitudes de l'histoire, vivent encore aujourd'hui à nos côtés même s'ils ne représentent plus qu'une petite partie de la population. Certes, il y a bien eu la *Proclamation royale de 1763*³ qui consacra les droits des autochtones sur leurs terres traditionnelles mais il ne faut pas oublier que cette première constitution britannique se voulait avant tout une affirmation unilatérale de souveraineté de la Couronne sur les « Nations of Indians ». Une fois son hégémonie continentale assurée, la Grande-Bretagne a privilégié, de la fin du XVIIIe siècle jusqu'aux années 1920, la conclusion de traités qui furent les instruments d'une politique d'accaparement du territoire et d'assimilation des autochtones.

Par la conclusion de ces traités, les autorités gouvernementales s'attachaient à annexer les premiers peuples, de manière non violente et au moindre coût, à l'ordre colonial. En exigeant de la partie autochtone qu'elle abandonne et cède à perpétuité toute prétention à jouir de droits ancestraux autonomes sur le territoire visé, la Couronne obtenait le monopole de son ordre juridique et levait l'hypothèque autochtone susceptible d'entraver l'occupation du territoire par les colons. Le programme de sédentarisation des autochtones était par ailleurs bien servi par les dispositions des traités relatives à la création de réserves, la construction d'écoles sur ces réserves et la fourniture d'équipement agricole destiné à accélérer l'abandon des activités traditionnelles de subsistance.

Le Québec a largement échappé à cette vague de traités notamment pour des raisons tenant à certaines prétentions quant à la portée territoriale de la *Proclamation royale de 1767* et quant aux effets juridiques du régime colonial

² E. Leroy, « La colonie », dans D. Alland et S. Rials (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., 2003, p. 231.

³ Reproduite dans *Consolidated Native Law Statutes, Regulations and Treaties*, Carswell, 2000, pp. 399-402.

français sur les droits des autochtones. Ces prétentions ont fait douter certains juristes de l'existence même de quelque droit ancestral sur une partie du territoire québécois⁴. Depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Côté*, il est clair que les autochtones du Québec n'ayant jamais validement renoncé à leur droit, et à même d'établir leur occupation historique du territoire, jouissent de droits ancestraux⁵.

II- L'ébauche d'une nouvelle relation

Le Québec a par ailleurs joué un rôle ambivalent dans l'avènement de ce que j'appellerais un « régime de transition » dans les relations entre la société majoritaire et les autochtones. Ainsi, en débarquant, aux débuts des années 1970, en territoire cri pour y développer les ressources hydrauliques de la Baie-James sans s'entendre au préalable avec les populations autochtones, les mandataires du gouvernement du Québec ont suscité des poursuites judiciaires et une mobilisation autochtone qui allaient inaugurer une ère de revendications politico-juridiques à l'origine du bouleversement récent des rapports constitutionnels entre les autorités étatiques et les premières nations⁶.

Estimant avoir « normalisé » l'essentiel du territoire utile à sa politique de développement économique axé sur l'exploitation des ressources naturelles, et misant aussi sur un dépérissement naturel de l'autochtonie, le gouvernement fédéral avait abandonné la pratique des traités au début du siècle dernier. Mais quand en 1973, dans l'affaire *Calder*, la Cour suprême confirma tardivement la persistance des droits ancestraux des autochtones là où ces droits n'avaient pas été validement éteints⁷, les autorités furent contraintes, au moment même où les ressources hydroélectriques et minières du Nord suscitaient les plus vives convoitises, de renouer avec la négociation d'accords avec les autochtones.

C'est alors que le Québec fut un des acteurs principaux dans l'émergence d'un nouveau type de traité opérant une transition entre la visée coloniale d'appropriation territoriale et la mise en place d'une relation plus empreinte

⁴ Voir notamment P. Dionne, « Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après », (1991) 51 R. du B. 127; R. Boivin, « Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français », (1995) 55 R. du B. 135; A. Émond, « Existe-t-il un titre originaire dans les territoires cédés par la France en 1763? » (1995) 41 R.D. McGill 59.

⁵ *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Voir G. Otis, « Le dyptique Adams-Côté ou la préséance de l'ordre établi dans le droit postcolonial des peuples autochtones », (1997) 8 Constitutional Forum 70.

⁶ Pour un exposé du contexte et des circonstances ayant donné lieu à ce que l'on a appelé « l'invasion du territoire », voir E. Gourdeau, « Genèse de la Convention de la Baie-James et du Nord Québécois » dans A.-G. Gagnon et G. Rocher (dirs.), *Regard sur la Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Québec/Amérique, 2002, 17, pp. 18-22.

⁷ *Calder c. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

de respect pour les aspirations et la différence autochtones. Le prototype de cette nouvelle génération de traités fut en effet la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* signée en 1975⁸ et qui peut être considérée comme un traité de transition en ce qu'elle présente à la fois des éléments de continuité et des éléments de rupture avec l'approche coloniale. Il y a continuité d'abord en ce que l'État conçoit essentiellement la Convention comme un arrangement d'ordre foncier avec les autochtones qu'il ne reconnaît pas comme communautés politiques historiques et autonomes. Plutôt que de conclure un pacte fondateur entre des peuples ayant en partage une égale légitimité historique, le Québec se préoccupe au premier chef de conforter sa compétence sur les immensités nordiques et sur les collectivités autochtones qui y vivent, de municipaliser les institutions gouvernementales du Nord et d'assurer la sécurité juridique de l'État et des non-autochtones par l'extinction des droits ancestraux sur les terres visées par la Convention⁹.

Mais la Convention comporte en même temps des éléments de rupture avec le passé en ouvrant la voie à une logique de coexistence à long terme et de respect accru pour la spécificité autochtone. Alors que la Couronne recourait au traité colonial en vue de l'éradication programmée de l'altérité autochtone, la Convention ne récuse pas *a priori* la promotion de l'héritage culturel autochtone au Québec. Ainsi, pour protéger durablement la présence autochtone sur le territoire, les Cris et les Inuit obtiennent entre autres des droits d'exploitation exclusifs ou prioritaires sur des régions géographiques considérables. On note aussi une ouverture timide au dialogue avec les autochtones dans la gestion de l'environnement et des ressources naturelles. Enfin, la Convention comporte un programme de rattrapage des communautés nordiques notamment dans les domaines de l'éducation, de la santé et de la justice.

III- Une jurisprudence de l'interdépendance

Tout comme les juges avaient donné l'impulsion décisive à l'avènement d'une deuxième génération de traités, ils ont, dans la foulée de la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones en 1982¹⁰,

⁸ *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Publications du Québec, 1988.

⁹ Voir notamment R. Dupuis, «Un accord signé au 20^e siècle dans l'esprit de la politique coloniale britannique du 18^e siècle », dans Gagnon et Rocher, *supra*, note 6, p. 151.

¹⁰ L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit ainsi : (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. (4) Indépendamment de toute

créé les conditions juridiques d'une interdépendance qui condamne les pouvoirs étatiques et les peuples autochtones au dialogue permanent, à la recherche d'un *modus vivendi* rompant avec la logique historique de subordination.

On observe en effet la formation graduelle, à la faveur d'une jurisprudence évoluant en dents de scie, d'un régime d'enchevêtrement des droits et des pouvoirs respectifs des autochtones et de l'État. Cette imbrication des intérêts et des responsabilités aura souvent pour effet de conjurer l'unilatéralisme arbitraire de l'État dans ses rapports avec les autochtones, rendant alors plus impérieux le partenariat notamment dans le développement du territoire et la gestion des ressources naturelles. Précisons toutefois d'entrée de jeu que la Cour suprême estime que son rôle, aux termes de la constitution, est d'accommoder les droits historiques des autochtones sans récuser la souveraineté des institutions étatiques considérée comme un acquis intangible de la colonisation¹¹. C'est ainsi que la portée d'un droit ancestral sera tributaire des exigences de la souveraineté la Couronne et qu'un traité conclu entre Sa Majesté et un groupe autochtone, bien qu'étant l'expression d'un rapport radicalement singulier, ne relève pas, selon la haute juridiction, du droit international¹². La Cour confirme en revanche que l'État s'est astreint, par la consécration constitutionnelle des droits autochtones, à des contraintes légales véritables et que la souveraineté ne devrait plus être invoquée pour abroger ces droits de manière discrétionnaire.

Utilisant l'image d'un « spectre de droits », la Cour a évité de donner aux droits ancestraux une portée nécessairement identique sur l'ensemble du territoire utilisé par un groupe autochtone avant la souveraineté européenne. Ne pouvoir appliquer qu'une catégorie unique de droits aurait été problématique pour les juges désireux de maintenir entre les protagonistes une tension juridique génératrice d'interdépendance. En définissant de manière large et généreuse des droits uniques applicables à tout le territoire ancestral, les juges auraient donné aux autochtones la maîtrise de vastes espaces risquant ainsi de remettre en cause des intérêts économiques et politiques très importants. En optant au contraire pour une définition étroite de droits uniformes sur la totalité du territoire traditionnel, ils auraient spolié les autochtones sans pour autant écarter complètement la contrainte qu'exercent les droits ancestraux sur la capacité du gouvernement d'occuper à sa guise le territoire.

La solution de la Cour a donc été de moduler la portée des droits fonciers. Là où l'occupation ancestrale du territoire était « suffisante » aux yeux des juges, les autochtones détiendront un véritable titre foncier emportant la

autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

¹¹ R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

¹² R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1056.

maîtrise exclusive de la terre. Sur d'autres parties de leurs terres traditionnelles, les autochtones pourront exploiter les ressources sans pouvoir exclure les usages non autochtones compatibles¹³. Il est cependant fort malaisé de délimiter les territoires grevés d'un titre exclusif puisque la Cour, probablement à dessein, reste vague sur le degré d'occupation ancestrale apte à fonder un tel titre. L'incertitude ainsi produite précarise les activités non autochtones de développement et l'applicabilité des lois provinciales¹⁴, ce qui devrait être de nature à favoriser les solutions négociées par les acteurs politiques.

La gradation des droits autochtones engendre une pluralité de patrimoines autochtones et non autochtones liés à des usages concurrents d'une même ressource ou complémentaires d'un même espace. Cette superposition des légitimités territoriales est la clef non seulement d'un partage symbolique de la terre, mais surtout d'une exploitation conjointe de celle-ci. Ce régime plural, qui ne favorise la sécurité foncière ni du gouvernement ni des autochtones, contraint au « voisinage » et fait du territoire le théâtre de relations intercommunautaires et d'ordres juridiques multiples, un lieu potentiel de conflits d'usage, un espace obligé d'interdépendance.

Ainsi, les principes dégagés par la Cour suprême nous permettent aujourd'hui d'affirmer que les autochtones possèdent des droits ancestraux, dont la portée exacte reste néanmoins à définir, sur d'importants territoires dans la plupart des régions du Québec n'ayant jamais fait l'objet d'un traité prétendant supprimer ces droits. Nous savons aussi que, même si la Cour suprême n'a pas encore formellement validé la thèse d'un pouvoir général de « self-government »¹⁵, ces droits sont intrinsèquement porteurs de compétences gouvernementales autochtones relativement à leur régime d'exercice communautaire¹⁶ et que cette autonomie autochtone sectorielle jouit d'une protection constitutionnelle.

¹³ *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 aux para. 25 à 29 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 au para. 38 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 21 aux para. 138, 176.

¹⁴ La réglementation des activités relevant d'un droit ancestral relèvera en effet d'abord de la compétence fédérale sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir notamment *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

¹⁵ La Cour suprême du Canada s'est délibérément abstenue à ce jour de trancher la question, voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Pour un très bon tour d'horizon des tendances jurisprudentielles et des positions doctrinales sur la question de la reconnaissance du droit inhérent en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, voir notamment D. Moodie, «Thinking Outside the 20th Century Box: Revisiting Mitchell – Some Comments on the Politics of Judicial Law-Making in the Context of Aboriginal Self-Government» (2004) 35 R.D. Ottawa 2.

¹⁶ Ghislain Otis, «Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones» (1999) 40 C. de D. 591 ; K. McNeil, «Self-Government and the Inalienability of Aboriginal Title» (2002) 47 McGill L.J. 473 aux pp. 485-488 [“Self-government”] ; D.W. Elliott, «Delgamuukw: Back to Court?» (1998) 26 Man. L.J. 97 aux pp. 125-126 ; Jean-Paul

En outre, on assiste à une véritable revitalisation des traités conclus aux dix-huitième et dix-neuvième siècles. La Cour suprême, s'appuyant sur une interprétation « interculturelle » et « honorable » de ces ententes, leur a donné une portée nettement plus complexe et équilibrée que ce que pouvait dicter une lecture grammaticale de ces instruments écrits dans une langue européenne que les autochtones ne comprenaient pas toujours très bien¹⁷. Par exemple, les mesures gouvernementales de conservation ou de gestion des ressources qui restreignent l'exercice des droits issus de traité devront être justifiées, ce qui à mon avis pourra exiger dans certains cas une compensation financière. Or certains de ces traités de paix et d'alliance sont en vigueur au Québec, tel le traité dit de Murray dont les Hurons-Wendats sont les bénéficiaires¹⁸.

Bref, nous ne pouvons désormais plus méconnaître le fait que le Québec n'a pas la capacité constitutionnelle de faire comme s'il était le seul propriétaire des terres et ressources et comme s'il était, sous réserve du partage fédératif des compétences, le seul maître d'œuvre du développement du territoire. On aurait même tort de tenir pour immuable le mythe de la « découverte » qui a historiquement servi à justifier la souveraineté sur les autochtones¹⁹. À défaut d'être négociable, la souveraineté peut être refondée au plan symbolique et redéfinie au plan narratif, ce qui est un peu ce qu'ont tenté de faire certains juges de la Cour suprême lorsqu'ils ont évoqué l'image d'une fusion de souverainetés originaires pour rendre compte du rattachement des peuples autochtones à l'État²⁰.

Lacasse, *Les Innus et le territoire Innu Tipentamun*, Sillery (Qc), Septentrion, 2004 à la p. 167.

¹⁷ *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 401; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

¹⁸ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025. Voir notamment A. Beaulieu, « Les garanties d'un traité disparu : le traité d'Oswegatchie, 30 août 1760 », (2000) 34 R.J.T. 369; M. Morin, « Manger avec la même micoine dans la même gamelle » : à propos des traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760 », (2003) 33 R.G.D. 93; D. Delâge et J.-P. Sawaya, *Les traités des sept-feux avec les britanniques : droits et pièges d'un héritage colonial au Québec*, Septentrion, 2001.

¹⁹ Pour une analyse éclairante du problème de la légitimation politico-juridique de la souveraineté du Canada sur les peuples autochtones, voir M. Asch, « First Nations and the Derivation of Canada's Underlying Title : Comparing Perspectives on Legal Ideology » dans C. Cook et J. D. Lindau, dir., *Aboriginal Rights and Self-Government : the Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2000 aux pp. 148-167.

²⁰ Dans l'affaire *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, le juge Binnie, avec l'accord du juge Major, évoque explicitement des principes de nature à fonder un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Il mentionne la possibilité d'une simple « diminution » de la souveraineté autochtone lors de l'avènement de l'État européen (par. 158) ou encore d'une « souveraineté fusionnée ou partagée » essentielle à la conciliation au cœur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, (para. 167).

En revanche, les autochtones sont pour leur part informés qu'ils ne peuvent s'appuyer sur les paramètres constitutionnels actuels pour remettre en cause leur incorporation dans le giron étatique et qu'il ne leur sera pas loisible de bouleverser l'ordre établi au point de compromettre la capacité de la majorité non autochtone de se développer sur des terres qu'elle considère souvent comme faisant partie intégrante de son patrimoine culturel et économique. De fait, la Cour suprême a sans équivoque statué que les « sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dans elles font partie. »²¹ Cette appartenance à une même communauté emporte une dépendance commune par rapport au territoire et aux ressources qui se doivent dès lors d'être équitablement partagés.

Le souci d'éviter une perturbation grave de l'ordre économique et politique se manifeste d'ailleurs dans le recours à la culture autochtone précoloniale pour définir les droits ancestraux²². C'est là un des aspects les plus criticables, et les plus critiqués²³, de la jurisprudence de la Cour suprême à ce jour. Une utilisation des ressources qui serait le fruit de l'influence européenne ne pourra se fonder, selon le plus haut tribunal, sur le principe d'ancestralité. Or il aurait été tout à fait possible de voir dans ce principe l'expression de l'origine pré-étatique de droits nécessairement évolutifs plutôt qu'une obligation de conformité à la coutume antérieure au contact. On remarquera toutefois qu'en évinçant les usages du territoire empruntés à la culture occidentale, la Cour survalorise les exploitations vivrières et de subsistance, ce qui est un bon moyen de minimiser l'impact négatif des droits autochtones sur les activités économiques que la société majoritaire juge essentielles au développement du pays. Nul ne poussera l'angélisme jusqu'à penser qu'il ne s'agit là que du résultat fortuit. Cette jurisprudence pourrait d'ailleurs être bientôt infléchie de manière à relativiser l'importance des pratiques précoloniales compte tenu de la définition récente des droits ancestraux des Métis.²⁴

²¹ *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73.

²² *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

²³ La doctrine a sévèrement critiqué la logique essentialiste et passéiste de la Cour. Voir, entre autres, J. Borrows, « The Trickster : Integral to a Distinctive Culture » (1997) 8 *Forum constitutionnel* 27; R.L. Barsh et J. Youngblood Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997) 42 *R.D.McGill* 993; K. McNeil, « Reduction by Definition : The Supreme Court's Treatment of Aboriginal Rights in 1996 » (1977) 5 *Canada Watch* 60; G. Otis, « Opposing Aboriginality to Modernity : The Doctrine of Aboriginal Rights in Canada » (1997) 12 *B.J.C.S.* 182; L.I. Rotman, « Hunting for Answers in a Strange Kettle of Fish : Unilateralism, Paternalism and Fiduciary Rhetoric in *Badger* and *Van der Peet* » (1997) 8 *Forum constitutionnel* 40. Voir aussi G. Mativat, *L'Amérindien dans la lorgnette des juges : le miroir déformant de la justice*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 2003.

²⁴ *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207.

Le titre foncier aborigène autorise quant à lui une gamme d'usages qui n'ont pas à correspondre aux pratiques précoloniales²⁵. Mais la Cour suprême est en revanche d'avis que l'impératif d'intégrité culturelle inhérent à l'ancestralité foncière interdit d'utiliser la terre de manière à faire durablement obstacle aux formes traditionnelles d'exploitation²⁶. Ce véritable zonage culturel du domaine autochtone signifie qu'il sera plus difficile pour les autochtones de prétendre tenir la terre directement de leurs ancêtres tout en mobilisant cet héritage de manière intensive à des fins industrielles ou commerciales. Le paternalisme passéiste du référent précolonial perpétue, dans la sphère constitutionnelle, la réduction culturelle des autochtones en minant leur capacité de réinterpréter et de recomposer leur identité. Toutefois, parce qu'elles ont elles-mêmes souvent étayé leurs revendications de droits sur l'archétype culturel de la fidélité aux coutumes immémoriales et du lien spirituel à la *Terra Mater*, les élites autochtones ont sans doute contribué à faciliter la tâche aux juges. On peut certes douter qu'un tel enfermement identitaire eut paru aussi « naturel » si la société en général, et les autochtones en particulier, avaient davantage valorisé la mise au rancart de la sempiternelle dichotomie autochtonité/modernité.

La protection des intérêts de la majorité est aussi au cœur de la défense de justification que la Cour suprême a créée de toute pièce pour pouvoir disposer d'un outil additionnel de pondération des intérêts majoritaires et des droits autochtones. C'est que, même enserrés dans le carcan précolonial, les droits ancestraux peuvent grever des territoires considérables. À défaut d'être un facteur positif de développement économique pour les autochtones, ils comportent un potentiel stratégique de blocage des activités non autochtones incompatibles. Les juges ont commodément reconnu le pouvoir du gouvernement de restreindre les droits ancestraux ou issus de traité dans la mesure où les autorités démontrent qu'une telle restriction se fonde sur un objectif impérieux et que les moyens pris pour atteindre cet objectif sont « honorables »²⁷. Ici encore la logique d'enchevêtrement des droits et d'arbitrage des intérêts joue sans remettre en question la primauté de l'État.

Bien qu'ils soient généralement peu enclins à censurer les finalités gouvernementales en matière de partage équitable des ressources et de développement du territoire²⁸, les magistrats ne toléreront pas, en principe, que les moyens utilisés sacrifient arbitrairement les droits des autochtones. Ainsi une diminution de droits afférents à la terre ou aux ressources ne sera justifiable, selon la Cour, que si l'accès autochtone reste prioritaire. Les autochtones devront être consultés, indemnisés au besoin et pourront même, dans certains cas, opposer un veto lorsque le projet gouvernemental serait gravement préjudiciable à leurs droits.

²⁵ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, aux par. 115-124.

²⁶ *Ibid.*, par. 125-132.

²⁷ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075

²⁸ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

Cette jurisprudence de l'interdépendance, en entremêlant toujours plus les destinées autochtone et allochtone, alimente inévitablement la controverse et rend le problème de moins en moins susceptible de résolution judiciaire. La nécessité d'une nouvelle génération de traités de reconnaissance mutuelle devient de plus en plus irrésistible.

IV- Vers une alliance postcoloniale?

Comme c'est le cas dans plusieurs autres provinces, la majorité des peuples autochtones du Québec ne se sont pas encore entendus avec les gouvernements sur la question de leurs droits et de leurs compétences gouvernementales. À l'heure où le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est officiellement reconnu par le gouvernement du Canada²⁹, et que la position du Québec semble pouvoir évoluer, serions-nous à la veille de l'apparition d'une figure inédite du traité autochtone? Même si elle ne constitue pas en soi un accord ayant valeur de traité, l'entente connue sous le vocable de la « Paix des braves »³⁰ consacre les rapports « de nation à nation » entre le Québec et les Cris et met en exergue l'inéluctable communauté d'intérêt des Cris et des Québécois. Ce sont toutefois les principaux aspects des scénarios mis de l'avant dans les négociations entre les Innus, le Québec et le Canada qui fournissent les plus sûrs éléments de réflexion sur ce que pourrait être le traité qui, sans faire table rase des pratiques antérieures, traduirait un projet novateur de vivre-ensemble.

Serait littéralement « postcolonial » un rapport avec les autochtones où l'État renoncerait sans arrière-pensée à sa posture historique de puissance. Un tel rapport est en réalité impossible dans l'ordre juridique canadien actuel qui tient pour inaltérable la souveraineté « de la Couronne » et pour irréfutable le pouvoir des gouvernements de contraindre, au besoin, les peuples autochtones dans l'exercice de leurs droits constitutionnels. Il ne serait en revanche pas hors propos d'utiliser, au sens figuré ou métaphorique, le qualificatif « postcolonial » pour dépeindre l'esprit général d'une entente qui, au sein de l'État, tend à instaurer entre les peuples autochtones et les institutions étatiques un régime consensuel durable de partage de la légitimité, de la souveraineté et du territoire.

À cet égard, la reconnaissance solennelle des droits ancestraux des Innus sur leurs terres traditionnelles (Nitassinan) que l'on retrouve dans l'entente de

²⁹ *L'autonomie gouvernementale des Premières nations : L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en oeuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995.

³⁰ *Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, Secrétariat aux affaires autochtones, 2002.

principe conclue avec certaines communautés³¹ et dans d'autres projets d'entente exprime une volonté d'asseoir le traité sur le socle d'une légitimité politique innue préétatique, donc d'une légitimité innue originaire incontestée. Reconnaître les droits ancestraux -dont les effets et les modalités sont précisés dans le traité afin d'assurer la certitude juridique- comme fondement de la relation entre l'État et les Innus c'est renoncer dans la sphère constitutionnelle interne au monopole étatique de la légitimité historique, c'est transcender la représentation coloniale de l'autochtone orphelin de l'histoire et détenteur de privilèges tributaires de la mansuétude protectrice de Sa Majesté.

De même, les gouvernements inscriraient dans un traité avec les Innus la reconnaissance et la continuation, dans l'ordre étatique, du droit inhérent (ancestral) des Innus à l'autonomie gouvernementale. Les Innus seraient dotés d'institutions autonomes disposant de bases territoriales propres et dont les attributions législatives, prépondérantes en certaines matières d'un intérêt vital pour la communauté, seraient protégées par la loi fondamentale du pays. C'est dire que ces gouvernements ainsi que leurs compétences seraient insusceptibles d'abrogation unilatérale par les pouvoirs étatiques sauf par voie d'amendement constitutionnel. Peut-on parler d'un partage de la souveraineté au sein de l'État? On le peut si l'on entend rendre compte, d'une part, du fait que le caractère inhérent de l'autorité gouvernementale innue empêche de la considérer comme la simple délégation gracieuse d'un pouvoir détenu par un ordre hiérarchiquement « supérieur », et d'autre part, du fait que le pouvoir autochtone prépondérant serait constitutionnellement à l'abri de toute prétention fédérale ou provinciale à en dicter les modalités d'exercice.

En effet, l'hypothèse d'une entrave substantielle à l'autonomie législative des Innus dans les matières de juridiction prépondérante paraît difficilement envisageable au plan juridique. Même si la Cour suprême du Canada a statué que les droits ancestraux ou issus de traités ne sont pas absolus et peuvent, à certaines conditions, être « réglementés » par la loi fédérale ou provinciale, cette réglementation devient à peu près sans objet dès lors que le traité viendra précisément encadrer et délimiter les modalités d'exercice des pouvoirs innus pour tenir compte des intérêts légitimes des autres gouvernements.

Ajoutons cependant qu'il n'y aura de véritable partage du pouvoir que si la part de juridiction « souveraine » dont peuvent se prévaloir les Innus ne s'avère pas modeste au point d'être insignifiante au plan constitutionnel. À cet égard, il faut noter que le projet d'entente avec les Innus comporte, outre des exclusions nombreuses pour les matières intéressant le fédéral, moult

³¹ Voir l' *Entente de principe d'ordre général entre les premières nations de Mamuitun et de Nutashkuan et les gouvernements du Québec et du Canada*, Secrétariat aux affaires autochtones, Québec, 2004.

mécanismes, normes minimales et ententes d'harmonisation à conclure, qui seront de nature à réduire la marge de manœuvre effective des autorités innues.

Le partage du territoire, quant à lui, s'avère probablement la question la plus sensible en raison de son potentiel perturbateur de l'ordre socio-économique issu de la colonisation unilatérale du territoire par l'État. C'est lorsqu'est évoquée la nécessité de partager avec les autochtones, sur le fondement de droits ancestraux reconnus et confirmés, la terre et l'accès aux ressources du territoire que le réflexe de préservation de l'héritage colonial se manifeste le plus fortement chez la population non autochtone. Cette dernière, ayant vu pendant des générations sa présence sur le territoire autorisée, valorisée et légitimée par l'État, se sent elle-même menacée de dépossession et mobilise alors pour sa défense le discours de l'égalité légitimité et de l'égalité dignité des citoyens sans distinction ethnique. L'ambition d'un partage « postcolonial » du territoire ne peut dès lors faire l'impasse sur les réalités que sont le mélange irréversible des populations, la minorisation des autochtones et l'investissement à la fois juridique, économique et identitaire du territoire par les non-autochtones.

C'est devant de telles pesanteurs de l'histoire que l'impératif d'audace mesurée exprime ses plus hautes exigences. L'esprit postcolonial d'un traité ne saurait dans ce contexte se manifester par la consécration d'une prévalence foncière autochtone généralisée mais à la faveur d'un rééquilibrage des patrimoines territoriaux apte à assurer durablement le développement économique, social et culturel des communautés autochtones. En d'autres termes, le traité nouveau devra en finir prospectivement avec la logique de spoliation, tourner résolument le dos à la « désautochtonisation » du territoire sans nier que la légitimité territoriale doit être partagée par l'ensemble des citoyens. Pour les non-autochtones, la chose ne sera guère possible sans une remise en cause du statu quo.

La reconnaissance des droits ancestraux, y compris le titre aborigène, des Innus sur Nitassinan de même que l'importance que les parties accordent à la non-extinction de ces droits confirment la légitimité de la prétention séculaire des Innus à occuper le territoire. La difficulté consiste toutefois à traduire dans l'aménagement d'un régime foncier les droits ancestraux ainsi confirmés tout en prenant acte de l'imparable interdépendance des populations. Comme il n'est pas possible ici d'évaluer l'adéquation de la superficie des catégories de terres envisagées, il conviendra de s'attarder plutôt aux régimes juridiques applicables à ces terres.

L'espace visé par les ententes avec les Innus serait subdivisé en deux types bien distincts de terres. Sur Innu Assi, les Innus détiendraient des droits complets de propriété assortis de quelques restrictions d'utilité publique. Grâce à une rénovation du statut juridique de ces terres, le traité viendrait mettre fin aux interdits et aux incapacités qui ont de tout temps empêché les autochtones de jouir sur leurs réserves et leurs terres ancestrales des

mêmes prérogatives foncières que les autres citoyens. Ainsi, la tutelle du gouvernement fédéral serait éliminée et la libre disposition des terres complète, ce qui pourra faciliter la mobilisation du capital foncier autochtone pour les fins du développement économique de la communauté. On peut y voir le rejet du paternalisme hérité du droit colonial.

Sur des territoires nettement plus vastes situés à l'extérieur d'Innu Assi, les Innus pourraient exercer un faisceau de droits liés à leur mode de vie et leur culture traditionnels; ces droits sont collectivement désignés sous l'appellation « Innu Aitun » et autorisent notamment les activités de prélèvement des ressources à des fins alimentaires, sociales, rituelles et, dans certains cas, d'échange de subsistance. Sans exclure *a priori* les activités de prélèvement des non-autochtones sur le même espace foncier, les droits des autochtones seraient prioritaires, ce qui est parfaitement conforme aux principes directeurs dégagés par la Cour suprême pour le définition de ce type de droit ancestral. Le partage des droits d'accès aux ressources découlant d'un tel régime reflète donc assez bien l'importance singulière des droits autochtones et la nécessité de les préserver en tenant compte de leur dimension culturelle et économique.

La volonté de rompre avec la logique ancienne de dépossession territoriale des autochtones se vérifiera toutefois par l'analyse des règles que l'on entend mettre en œuvre pour protéger les droits des Innus contre l'envahissement du territoire au nom du développement et de l'exploitation commerciale des ressources naturelles. La dynamique coloniale serait parfaitement reconduite si un quelconque droit prépondérant de développer permettait au gouvernement de sacrifier sans formalité les droits ancestraux des autochtones. On comprend alors l'enjeu crucial que constitue la question du rôle des Innus dans les processus décisionnels se rapportant à la gestion du territoire, de l'environnement et des ressources naturelles de Nitassinan. S'il n'apparaît pas réaliste de soumettre ces mécanismes à une règle stricte de codécision emportant en toute circonstance un droit de veto innu, il serait critiquable de nier la nécessité d'une approche graduée en fonction de l'incidence plus ou moins préjudiciable et permanente d'une mesure sur la capacité des Innus de se prévaloir effectivement des droits qui leur sont par ailleurs reconnus.

Comment, en effet, parler de partage du territoire si la part dévolue aux autochtones n'est pas raisonnablement sécurisée? La jurisprudence de la Cour suprême n'était pas une position gouvernementale qui ferait un tabou absolu de toute idée de veto, même suspensif, sans égard aux circonstances. Notons à cet égard que la formule de « participation réelle » que l'on retrouve dans la proposition d'entente de principe avec les Innus de Mamuitun et de Nutashkuan ne fait pas du consentement autochtone la condition *sine qua non* d'une intervention sur Nitassinan à l'extérieur d'Innu Assi. On ne connaît toutefois pas encore la nature précise de la participation des Innus ni, dès lors, le degré de proportionnalité qui sera établi entre l'impact d'une mesure sur les droits des Innus et la prise en compte de leur

point de vue. Il serait imprudent de minimiser la difficulté de satisfaire les attentes des Innus à cet égard.

Bien que primordiale, la protection des activités ancestrales de prélèvement des ressources à des fins non commerciales, ne permettra guère un partage entre les populations non autochtones et innues du potentiel de développement économique qu'offrent l'exploitation et la transformation des ressources naturelles de Nitassinan. C'est pourquoi les gouvernements du Canada et du Québec s'engageraient à prendre des mesures facilitant la participation des communautés innues à la pêche commerciale, au développement des pourvoies, à l'aménagement et à l'exploitation de la forêt et au développement des ressources hydroélectriques. Indubitablement, on s'attache ici à organiser les retombées modernes du rapport juridique des Innus à leur territoire. Dans la mesure où cette affirmation de la modernité économique autochtone n'est pas que symbolique, elle tranche avec l'approche coloniale qui tend à enserrer autoritairement les autochtones dans le carcan d'une représentation passéiste, donc souvent minimaliste, de leurs droits.

Au-delà des droits d'usage des terres et des ressources, le partage du territoire se concrétise aussi par la redistribution de la richesse que génère son exploitation. La proposition Mamuitun reconnaît à cet égard le droit des Innus à une part, ne pouvant être moindre que 3%, des redevances perçues par le Québec sur les ressources naturelles de Nitassinan. Dans son principe, cette formule conforte la logique du partage durable du patrimoine territorial. D'autres modalités de répartition des bénéfices de l'exploitation du territoire pourront être arrêtées pour les autres communautés innues qui s'entendront avec les gouvernements.

Il n'existe pas de critère infaillible pour identifier le traité opérant un authentique partage postcolonial de la légitimité, de la souveraineté et du territoire. On ne peut toutefois nier qu'en adaptant et en approfondissant le mécanisme constitutionnel de définition des droits ancestraux élaboré par la Cour suprême, la proposition Mamuitun ainsi que les orientations connues des travaux de la table de Mamit Innuat s'éloignent du modèle colonial.

Conclusion

L'évolution de la relation entre le Québec et les peuples autochtones se poursuivra dans les prochaines années quelque soit le devenir constitutionnel du Québec. Peu importe le scénario que les Québécois dessineront pour les générations futures, celui-ci devra reconnaître le rôle fondateur des autochtones dans la configuration de nos destinées fatalement communes. La société majoritaire est en train d'opérer un virage parfois douloureux et les autochtones devront reconnaître la difficulté d'un tel changement de paradigme.

Mais le droit et la constitution ne sont pas une panacée. Dès lors, la responsabilisation des autochtones pour leur avenir économique, social et culturel exige une évolution des esprits propice à l'émergence de modèles originaux de développement durable qui seront peut-être le plus riche dividende de notre interdépendance pleinement assumée.