

QUELQUES RÉFLEXIONS AU SUJET DE LA FUTURE POLITIQUE DE CONSULTATION DES PEUPLES AUTOCHTONES DU QUÉBEC

Paul Dionne

Volume 35, numéro 3, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1081928ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1081928ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Recherches amérindiennes au Québec

ISSN

0318-4137 (imprimé)

1923-5151 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Dionne, P. (2005). QUELQUES RÉFLEXIONS AU SUJET DE LA FUTURE POLITIQUE DE CONSULTATION DES PEUPLES AUTOCHTONES DU QUÉBEC. *Recherches amérindiennes au Québec*, 35(3), 111–113.
<https://doi.org/10.7202/1081928ar>

QUELQUES RÉFLEXIONS AU SUJET DE LA FUTURE POLITIQUE DE CONSULTATION DES PEUPLES AUTOCHTONES DU QUÉBEC

Paul Dionne, avocat

LE CONTEXTE

Lors d'une conférence à Vancouver, j'ai été frappé par la mine sombre des avocats qui avaient plaidé avec succès la cause des Autochtones dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*¹. Ils doutaient tout simplement que le gouvernement de Colombie-Britannique accepte de réaménager ses relations avec les Autochtones pour respecter les arrêts de la Cour suprême. « After *Haïda*, disait l'un d'eux, I haven't seen any damage to the status quo. » Curieusement, les avocats qui avaient représenté le gouvernement et l'industrie me parurent plus optimistes. C'étaient eux qui s'efforçaient de mettre en lumière les gains réalisés par les autochtones depuis l'enchâssement constitutionnel des droits ancestraux et issus de traités.

L'attitude de ces avocats reflète bien l'humeur contrastée des autochtones et des gouvernements depuis que la Cour suprême a souligné, il y a quinze ans, que l'enchâssement constitutionnel des droits ancestraux et issus de traités exige le respect de ces droits². Du côté autochtone, on désespère du caractère non contraignant des jugements qui confirment les droits ancestraux et issus de traités, convaincu qu'on est de la ferme intention des gouvernements d'y échapper. Pour illustrer ce sentiment, un chef autochtone affirmait naguère devant une assemblée de fonctionnaires : « When we win, we lose; when you lose, you win. » Du côté gouvernemental, on jure que chaque arrêt portant sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* provoque une véritable effervescence chez les fonctionnaires. On parle d'une « nouvelle culture » au sein de la bureaucratie. On souligne les progrès, et on invite les autochtones à être patients.

Il y a là sans doute plus qu'une simple différence de perception. Chose

certaine, le rapport de force inégal entre l'État et les peuples autochtones marque profondément chaque action en justice sur les droits ancestraux et issus de traités. Ce déséquilibre se traduit, après le prononcé du jugement final, par une exécution laissée au bon plaisir du Souverain. À la suite des arrêts *Adams* et *Côté*³, par exemple, l'Assemblée nationale a légiféré afin de permettre au gouvernement du Québec de conclure des ententes avec les Autochtones pour concilier leurs activités « alimentaires, rituelles ou sociales » avec la gestion de la faune (article 24.1 de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*). Elle s'apprête à légiférer de nouveau, cette fois pour permettre la conclusion d'ententes visant à concilier ces activités avec la gestion des terres publiques (projet de loi n° 122, *Loi modifiant la Loi sur les terres du domaine de l'État et d'autres dispositions législatives*, présenté le 19 octobre 2005 par le ministre des Ressources naturelles et de la Faune). Cette façon arbitraire de donner suite aux arrêts de la Cour suprême est perçue comme statique et minimaliste par les autochtones (voir le mémoire de l'Assemblée des premières nations du Québec et du Labrador présenté le 17 novembre 2005 à la Commission de l'économie et du travail). Ceux-ci reprochent notamment au gouvernement d'évacuer l'aspect économique de ses démarches visant à mettre en œuvre la jurisprudence sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'occasion se présente peut-être de rétablir l'équilibre. Les arrêts récents *Nation Haïda*, *Taku River* et *Mikisew Cree First Nation*⁴ de la Cour suprême confirment en effet l'obligation constitutionnelle pour l'État de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones qui revendiquent des droits ancestraux ou qui détiennent des droits issus de traités, avant d'autoriser tout projet potentiellement attentatoire à ces droits. Ces arrêts font voir en outre que la transgression de l'obligation de consulter peut entraîner la nullité des permis d'utilisation du territoire ou de prélèvement des ressources que l'entreprise privée reçoit du gouvernement. C'est la première fois que des tiers risquent vraiment d'être affectés par le refus ou l'omission de l'État de se conformer à un jugement final portant sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'entreprise privée a donc intérêt à ce que l'État respecte ses obligations envers les peuples autochtones intégralement. Quant à l'État, il a intérêt à

donner satisfaction à l'entreprise privée pour des raisons économiques et sociales.

C'est dans ce contexte que doit être examiné le projet du gouvernement du Québec de se donner une politique de consultation des peuples autochtones, pour se conformer aux arrêts récents de la Cour suprême, et de consulter les peuples autochtones avant d'adopter cette politique (voir le communiqué du 4 juillet 2005 du Secrétariat aux Affaires autochtones : « Le ministre Geoffrey Kelly annonce que le Québec définira une politique de consultation des autochtones »).

L'APPROCHE

Comment le gouvernement du Québec doit-il consulter les peuples autochtones au sujet d'une politique de consultation des peuples autochtones? En développant avec eux le cadre de référence et en les associant à la formulation de cette politique. Dans une lettre qu'ils adressaient à tous les chefs autochtones de la province le printemps dernier, les responsables des trois grandes associations autochtones de Colombie-Britannique écrivaient : « Premier Campbell [...] acknowledged that the unilateral development and implementation of the *Provincial Consultation Policy* after the British Columbia Court of Appeal decisions in *Haïda* clearly did not work and he expressed interest in "doing it right" this time. » Dans le document de travail conjoint annexé à cette lettre, on précisait que le cadre de référence des politiques provinciales concernant les autochtones serait dorénavant préparé par un comité de gestion formé de représentants des premières nations et de hauts fonctionnaires provinciaux.

Le Québec doit choisir une approche bilatérale semblable pour au moins trois raisons. D'un point de vue pratique, une politique de consultation ni conçue, ni appliquée en fonction de la nature des rapports entre le consultant et le consulté ne fonctionne tout simplement pas, comme en témoigne l'expérience récente de la *Provincial Consultation Policy* en Colombie-Britannique ou celle, au Québec, de la consultation des peuples autochtones au moyen d'une politique adoptée en vertu de l'article 211 de la *Loi sur les forêts*. D'un point de vue constitutionnel, les politiques de consultation des peuples autochtones adoptées en vase clos « n'équivalent pas à une consultation [...] et ne peuvent la remplacer. » (*Nation Haïda*, par. 78). Enfin, d'un point de vue statutaire, le ministre délégué aux Affaires autochtones du

Québec ne respecterait pas sa mission en élaborant une politique de consultation des peuples autochtones sans « prendre en compte les aspirations, priorités et demandes des nations et communautés autochtones » (*Loi sur le ministère du Conseil exécutif*, articles 3.43 et 3.44).

À quel moment le gouvernement du Québec doit-il consulter les peuples autochtones au sujet de cette politique ? De même que l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones doit être mise en œuvre à l'étape de la « planification stratégique » (*Nation Haida*, par. 76), la consultation au sujet d'une future politique québécoise de consultation des peuples autochtones devrait avoir lieu avant que le gouvernement ne prenne des décisions quant aux orientations ou quant au contenu de cette politique. La raison en est que, dès que l'appareil étatique a pris des décisions préliminaires au sujet d'un projet, celles-ci poussent le projet dans une direction qu'il est ensuite difficile de changer⁵. Par conséquent, le gouvernement devrait éviter que les travaux préparatoires du groupe de travail interministériel annoncés dans son communiqué de presse du 4 juillet 2005 ne débouchent sur des décisions préliminaires au sujet de la politique de consultation des peuples autochtones. Autrement dit, au moment pour le gouvernement de rencontrer les peuples autochtones au sujet de cette politique, tout devrait être sur la table.

Dans quel cadre la consultation sur la future politique doit-elle être menée ? Depuis 1985, le gouvernement du Québec promet de créer un « forum parlementaire permanent » qui servirait de lieu d'échanges et de discussions entre les élus à l'assemblée législative et les chefs autochtones (voir la Résolution de l'assemblée nationale du 20 mars 1985 et les *Orientations du gouvernement du Québec en matière autochtone* de 1998). Une nouvelle instance de discussion politique paritaire, regroupant certains ministres clés du gouvernement du Québec et des représentants des chefs autochtones du Québec, a été créée récemment. Le « Conseil conjoint des élus », comme on l'appelle, constitue peut-être un bon cadre pour amorcer la discussion sur les orientations et la portée de la future politique de consultation des peuples autochtones. Toutefois, dans la mesure où ce conseil ne constitue encore que l'embryon du « forum parlementaire permanent » tant attendu, le

gouvernement du Québec devrait s'assurer que les nations autochtones qui préfèrent désigner leurs propres représentants pour l'exercice de consultation, puissent le faire. En établissant la méthodologie de l'exercice, les parties pourront charger un comité technique conjoint de leur proposer le cadre de référence de la future politique de consultation ou d'en préciser certaines modalités.

LES PRINCIPES

Que tout soit sur la table au moment de la première rencontre entre le gouvernement du Québec et les peuples autochtones devrait inciter les parties à énoncer, en début d'exercice, les principes qui guideront la consultation et qui sous-tendront le cadre de référence de la future politique. Certains de ces principes s'infèrent de l'expérience et du sens commun. D'autres s'imposent à la lecture des arrêts de la Cour suprême. En voici quelques-uns qui nous paraissent particulièrement importants.

PRINCIPES CONCERNANT L'EXERCICE DE CONSULTATION SUR LA FUTURE POLITIQUE DE CONSULTATION DES PEUPLES AUTOCHTONES

1. *Objectif*
L'exercice de consultation aura pour objectif de dégager un consensus sur les orientations et la portée de la future politique de consultation des peuples autochtones. Pour favoriser cet objectif, le cadre de référence de cette politique sera défini conjointement par le Québec et les peuples autochtones.
2. *Bonne foi*
Les parties veilleront à créer et à maintenir une ambiance propice à l'exercice de consultation. Elles favoriseront toute action susceptible de raffermir la confiance durant l'exercice. À l'inverse, elles éviteront toute action susceptible de créer la suspicion ou de semer le doute.
3. *Représentativité*
Les parties se donneront des assurances mutuelles sur la représentativité et la portée du mandat de chacun des participants à l'exercice de consultation.
4. *Méthodologie, calendrier*
Les parties établiront ensemble une méthodologie et un calendrier réaliste et flexible pour le déroulement de l'exercice de consultation.

5. *Ressources humaines et financières*
Le Québec pourvoira au financement nécessaire pour que les peuples autochtones puissent participer utilement à l'exercice de consultation.

PRINCIPES CONCERNANT LE CADRE DE RÉFÉRENCE DE LA FUTURE POLITIQUE DE CONSULTATION DES PEUPLES AUTOCHTONES

1. *Véhicule de mise en œuvre de l'obligation constitutionnelle de consulter*
L'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones exige un processus distinct et cohérent. L'obligation sera donc mise en œuvre au moyen d'une nouvelle politique de consultation des peuples autochtones, plutôt qu'au moyen de stipulations législatives disséminées dans les lois du Québec décrétant la consultation de divers groupes d'intérêt.
2. *Examen des stipulations législatives de consultation*
Les stipulations législatives et les politiques pré-existantes de consultation des peuples autochtones seront examinées à la lumière de la nouvelle politique. Le cas échéant, elles seront modifiées ou abrogées à des fins de conformité.
3. *Projets-déclencheurs*
Les projets-déclencheurs de l'obligation de consulter ne sont pas limités aux activités physiques susceptibles d'un effet immédiat. Ils peuvent aussi comprendre des politiques, des programmes, des lois ou des règlements, de même que tout projet dont l'effet sur les Autochtones est moins évident, plus éloigné dans le temps ou s'additionne aux effets de projets antérieurs.
4. *Permanence du processus*
Tout processus de consultation et d'accommodement débute au stade de la « planification stratégique » du projet concerné et se poursuit au-delà de l'autorisation principale, tant que le projet nécessite une intervention gouvernementale ou ministérielle.
5. *Intégration*
L'intervention de deux ou plusieurs ministères ou organismes gouvernementaux et/ou de deux ou plusieurs Premières Nations concernés par un même projet doit, dans toute la mesure du possible, être intégrée en un seul processus de consultation.
6. *Contenu de l'obligation de consulter*
Le contenu de l'obligation de consulter

est établi au début de tout processus de consultation, avant même que soient établis la méthodologie et le calendrier du processus. Ce contenu varie en fonction de l'évaluation, à première vue, de la force de la revendication et de la gravité des effets potentiels du projet, mais il doit toujours refléter l'idée que la consultation doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones.

7. Aide extérieure

La possibilité de solliciter l'aide d'un tiers pour circonscrire le contenu de l'obligation de consulter, doit être considérée. La possibilité de créer un tribunal spécialisé à cette fin pourra aussi être considérée⁶.

8. Obligation d'accommoder

Seule une consultation adéquate permet de vérifier, au terme du processus, s'il y a obligation d'accommoder.

9. Contenu de l'obligation d'accommoder

Parmi les mesures d'accommodement, doit être envisagée la possibilité de modifier ou d'abandonner le projet.

10. Évaluation et modification de la politique

La politique de consultation des peuples autochtones sera évaluée périodiquement par le gouvernement et les peuples autochtones. Les peuples autochtones seront invités à participer à toute modification de la politique.

11. Ressources humaines et financières

Il est essentiel que les parties puissent disposer de toutes les ressources humaines et financières nécessaires pour participer utilement à un processus de consultation et, le cas échéant, d'accommodement visé à la politique. Les parties s'entr'aideront mutuellement dans toute démarche nécessaire pour obtenir l'engagement du gouvernement fédéral à cette fin.

AU-DELÀ DES PRINCIPES

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'établit que les normes constitutionnelles minimales que doivent respecter les gouvernements dans leurs rapports avec les peuples autochtones relativement aux droits ancestraux et issus de traités. Sous réserve des limites imposées par la Constitution, il est loisible aux gouvernements d'aller au-delà des normes fixées par le paragraphe 35(1) [R. c. *Côté*, par. 83].

En ce qui concerne plus particulièrement l'obligation de consulter les peuples autochtones, « il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux » (*Nation Haïda*, par. 51). Par contre, une politique de consultation des peuples autochtones ne constitue pas un régime de réglementation (*Nation Haïda*, par. 51). Elle ne le devient que si elle s'intègre dans un cadre législatif ou réglementaire.

Il serait souhaitable que la future politique québécoise de consultation des peuples autochtones soit intégrée à une loi qui aurait préséance sur les autres lois de la législature. L'enchaînement législatif de la politique de consultation des peuples autochtones serait un gage de permanence et d'application rigoureuse de la politique. De plus, le caractère pré-éminent de la loi d'enchaînement permettrait aux parties de déroger aux lois québécoises dans le cadre des processus de consultation et d'accommodement visés à la politique. Ainsi élevée au rang des lois fondamentales, la politique de consultation des peuples autochtones favoriserait le dialogue plutôt que les discours, et la conciliation plutôt que les litiges.

CONCLUSION

Dans le rapport de la Commission d'étude que le gouvernement de Robert Bourassa avait mise sur pied après l'échec de l'*Accord du lac Meech* pour examiner les conditions de l'accession du Québec à la souveraineté, on s'efforçait de démontrer que les peuples autochtones du Québec étaient mieux lotis que ceux des autres provinces canadiennes. Cela ne devrait pas faire oublier le chemin qu'il reste à parcourir, notamment pour mettre en œuvre plus diligemment et plus objectivement les jugements portant sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Cour suprême pourrait tenter de remédier elle-même à la situation en introduisant par interprétation, dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un processus « indépendant, efficace et objectif » pour mettre en œuvre ses jugements, comme elle l'a fait dans le paragraphe 11d) de la *Charte canadienne* pour la rémunération des juges des cours provinciales⁷. Mais une solution négociée est toujours préférable à une

solution imposée de l'extérieur. Le gouvernement du Québec et les peuples autochtones devraient donc saisir l'occasion que leur fournit la future politique québécoise de consultation des peuples autochtones, dans la foulée des arrêts *Nation Haïda*, *Taku River* et *Mikisew*, de rendre plus crédible le processus de mise en œuvre des jugements portant sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans cette perspective, le gouvernement et les peuples autochtones devraient formuler ensemble le cadre de référence de cette politique au cours d'un exercice présidé par une personne impartiale⁸, où ils se présenteront sans conclusion ou échéancier prédéterminé, en acceptant de se laisser guider par des principes dont la valeur s'impose d'emblée.

[10 janvier 2006]

Notes

- 1 *Haïda Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 C.S.C. 73; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 C.S.C. 74.
- 2 R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119.
- 3 R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.
- 4 *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 C.S.C. 69.
- 5 Voir, par analogie, l'arrêt *Squamish Indian Band v. British Columbia*, [2005] 1 C.N.L.R. 347, par. 74 et 83.
- 6 *Nation Haïda*, par. 37; voir aussi l'arrêt *Paul c. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 C.S.C. 55.
- 7 *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Association des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick*, 2005 C.S.C. 44.
- 8 Au moment de compléter ce texte, l'auteur a pris connaissance de la nomination par le gouvernement du Québec du juge Réjean F. Paul à titre de conciliateur « afin de rapprocher les parties gouvernementale et autochtone et de favoriser une réconciliation de leurs intérêts respectifs dans le cadre des travaux d'élaboration d'une politique de consultation des Autochtones » : voir le décret no 1228-2005 du 7 décembre 2005, G.O.Q., partie II, 28 déc. 2005, p. 7512.