



L'interprétation de l'intérêt général par les juridictions constitutionnelles et administratives : perspectives comparatives des droits ancestraux au Québec et des droits d'usage collectifs en Guyane française

Mémoire

Kawtar Lahkim

Maîtrise en droit - avec mémoire

Maître en droit (LL. M.)

Québec, Canada

Résumé

Au Canada comme en France, la notion d'*intérêt général* est investie d'un rôle important en droit public. Cet outil politique et normatif permet aux pouvoirs législatifs, règlementaires et judiciaires de justifier, par l'application d'une rationalité particulière, l'atteinte aux *droits ancestraux* au Canada au moment où, en France, il est érigé en fondement de toute action publique. Nous constatons, d'ailleurs, que nous soyons au Québec ou en Guyane française, que derrière les critères avancés par les juges pour justifier cet état du droit s'opère une logique reflétant la confrontation d'une multitude d'intérêts au sein d'une communauté sociale, politique et économique pensée dans un cadre étatique. Ceci se réalise au détriment des peuples autochtones qui se voient encore dépossédés de leurs terres malgré leur légitimité historique sur les territoires concernés. Dans une approche comparative, nous verrons, d'abord, comment les juges, sur la base d'un exercice dit de *conciliation* entre les intérêts de la société canadienne ou québécoise et ceux des autochtones, avancent une rationalité autour de l'*intérêt général* qui reconduit vraisemblablement les mécanismes coloniaux d'accaparement des ressources au Canada, et remet en cause les discours de réconciliation. Ensuite, en France, nous verrons comment la satisfaction d'intérêts nationaux, pensés en Métropole, accordent encore aujourd'hui des prérogatives disproportionnées aux pouvoirs publics qui ne permettent ni la reconnaissance des droits territoriaux des peuples autochtones en Guyane française, selon leurs points de vue, ni une protection adéquate. À travers cette étude, il est possible de conclure à une dépossession continue sous souveraineté française ou canadienne et de l'inadéquation des deux modèles, non par manque de moyens, mais par l'usage de rationalités inadaptées à l'objectif de réconciliation, de réparation ou de restitution. Sans possibilité pour les minorités légitimes sur le territoire de remettre en cause, *a priori* et *a posteriori*, les valeurs morales et le processus décisionnel entourant un acte décisif sur le territoire, les décisions des juges de droit public continueront à ne représenter le droit que comme un instrument de légitimation de tels actes.

Abstract

In Canada as in France, the notion of *general interest* has an important role in public law. This political and normative tool allows the legislative, regulatory and judicial powers to justify, by the application of a particular rationality, the infringement of ancestral rights in Canada, when in France, it is established as the basis of all public action. We note, moreover, whether we are in Quebec or in French Guyana, that behind the criteria put forward by the judges to justify this state of the law, a logic operates reflecting the confrontation of a multitude of interests in the within a social, political and economic community conceived within a state framework. This is done to the detriment of indigenous peoples who are still dispossessed of their lands despite their historical legitimacy in the territories concerned. In a comparative approach, we will see how the judges, on the basis of an exercise known as of reconciliation between the interests of Canadian or Quebec society and those of the natives, advance a rationality around the *general interest* which renews the mechanisms of colonialism grabbing resources in Canada, and calls into question the rhetoric of reconciliation. In France, we will see how the satisfaction of national interests, thought in France, still today grant disproportionate prerogatives to the public authorities which neither allow the recognition of the territorial rights of the indigenous peoples in French Guiana, according to their points of view, nor adequate protection. Through this study, it is possible to conclude that there is a continual dispossession under French or Canadian sovereignty and the inadequacy of the two models, not for lack of means, but through the use of rationalities unsuited to the objective of reconciliation, repair or restitution. Without the possibility for the legitimate minorities on the territory to question, *a priori* and *a posteriori*, the moral values and the decision-making process surrounding a state decision-making act on the territory, the decisions of the judges of public law will continue to represent the law only as an instrument to legitimize such acts.

Table des matières

<i>Résumé</i>	<i>ii</i>
<i>Abstract</i>	<i>iii</i>
<i>Table des matières</i>	<i>iv</i>
<i>Liste des abréviations</i>	<i>vi</i>
<i>Remerciements</i>	<i>viii</i>
<i>Introduction</i>	<i>1</i>
<i>Chapitre 1. L'intérêt général du public au Québec : une « épée légale » justifiant les atteintes aux droits ancestraux</i>	<i>16</i>
Partie 1. Une reconnaissance des droits ancestraux limitée par les concepts juridiques canadien et québécois	17
Section 1. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire et la dépossession territoriale des peuples autochtones.....	17
1. L'affirmation de la souveraineté française sur les territoires autochtones.....	18
2. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique sur les territoires autochtones	23
Section 2. Une définition limitée des droits ancestraux dans l'ordre juridique canadien	32
1. Un rattachement primordial des droits ancestraux aux systèmes autochtones précoloniaux et à leur rapport avec la <i>common law</i>	32
2. La particulière situation du Québec.....	36
3. De la nature plurielle des droits ancestraux	37
Partie 2. L'interprétation de l'intérêt général du public ou de l'intérêt supérieur du public par les juges constitutionnels canadiens et québécois dans le contexte d'atteinte aux droits ancestraux	42
Section 1. L'objectif de conciliation de l'occupation antérieure des peuples autochtones avec l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté au fondement du <i>test de justification</i>	42
1. La conciliation, un objectif constitutionnel du para. 35(1) dégagé par la Cour suprême.....	42
2. L'obligation pour les pouvoirs législatifs et réglementaires de poursuivre un objectif visant la conciliation compte tenu des intérêts autochtones et de l'intérêt supérieur du public	44
Section 2. L'intérêt général du public ou l'intérêt supérieur du public à l'étape de la pondération....	47
1. L'honneur de la Couronne à la source de la pondération au niveau de l'intérêt général ou supérieur du public dans le cadre du <i>test de justification</i>	47
2. La pondération des effets mobilisant l'intérêt général de la société ou de l'intérêt supérieur du public appliquée par les juges canadiens et québécois	51
<i>Chapitre 2. L'intérêt général en France : une « arme de poids » dans l'atteinte aux droits d'usage collectifs</i>	66
Partie 1. L'usurpation des droits territoriaux des peuples autochtones de Guyane dans l'ordre juridique français	68
Section 1. L'affirmation de la souveraineté française en Guyane et la dépossession territoriale des peuples autochtones	68
1. Une première politique coloniale commerciale et missionnaire.....	69
2. Une seconde politique coloniale militaire, pénitentiaire et assimilationniste.....	73
Section 2. La départementalisation de la Guyane et l'usurpation des droits territoriaux des peuples autochtones	79

1. Le maintien de la situation coloniale après la départementalisation de la Guyane.....	80
2. La réintégration du dispositif des <i>droits d'usage collectifs</i> dans l'ordre juridique français ..	84
Partie 2. L'interprétation de l'<i>intérêt général</i> par les juridictions administratives et constitutionnelles dans le contexte d'une atteinte aux <i>droits d'usage collectifs</i>	91
Section 1. <i>L'intérêt général</i> , au fondement du droit public français	92
1. La fonction de l' <i>intérêt général</i> dans le cadre du <i>contrôle de légalité</i> des A.A.U.....	92
2. La fonction de l' <i>intérêt général</i> dans le cadre du <i>contrôle de constitutionnalité</i>	97
Section 2. <i>L'intérêt général</i> , une limite de poids aux <i>droits d'usage collectifs</i> et aux <i>droits territoriaux des peuples autochtones</i>	100
1. La recherche et l'exploitation de substances minières, un objectif d' <i>intérêt général</i> ?	101
2. <i>L'intérêt général</i> dans le régime de protection de l'environnement.....	106
Chapitre 3. L'<i>intérêt général</i> : un concept commun justifiant la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones au Québec et en Guyane	117
Partie 1. L'<i>intérêt général</i>, un outil historique et contemporain de légitimation et de limitation du pouvoir étatique en France et au Canada	118
Section 1. Le <i>bien commun</i> ou le <i>commun profit</i> : un fondement juridico-politique commun à la conquête des Amériques.....	118
1. Un bref aperçu du contenu et du rôle de l' <i>intérêt général</i> en France lors de la conquête et de la colonisation de la Guyane	119
2. Un bref aperçu du contenu et du rôle de l' <i>intérêt public</i> en Angleterre lors de la colonisation de l'Amérique du Nord et aux XIX ^e et XX ^e siècles au Canada.....	125
Section 2. Une vision contemporaine de l' <i>intérêt général</i> et de l' <i>intérêt public</i> toujours tributaire de son interprétation étatique en France et au Canada	131
1. La définition de l' <i>intérêt général</i> et de l' <i>intérêt public</i> : une compétence principalement législative mais dont les contours se précisent dans la phase exécutive	131
2. La compétence malaisée des juges dans la définition de l' <i>intérêt général</i> en France et de l' <i>intérêt public</i> ou l' <i>intérêt supérieur du public</i> au Québec	134
Partie 2. L'<i>intérêt général</i> ou l'<i>intérêt supérieur du public</i> dans la bouche des juges contemporains ou la légitimation de conceptions circonstancielles.....	138
Section 1. L'instrumentalisation de l' <i>intérêt général</i> par les juges dans la légitimation du processus décisionnel et de la décision des acteurs étatiques	138
1. L' <i>intérêt général</i> ou l' <i>intérêt supérieur du public</i> : un instrument de légitimation de la finalité de la règle de droit	139
2. L' <i>intérêt général</i> ou l' <i>intérêt supérieur du public</i> : un instrument de justification des moyens utilisés	142
Section 2. Les limites de la rationalité juridictionnelle et son rôle dans la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones	145
1. Des limites de la rationalité juridictionnelle appliquée à la justification des objectifs et moyens	147
2. Une situation de dépossession continue pour la satisfaction d'intérêts particuliers	155
Conclusion.....	159
Table des jugements.....	166
Table des législations	169
Table des textes intergouvernementaux.....	173
Table des textes internationaux	174
Table de la doctrine	175

Liste des abréviations

A.A.U.	Acte administratif unilatéral
A.F.D.A.	Association française pour la recherche en droit administratif
A.F.H.J.	Association française pour l'histoire de la justice
A.J.D.A.	Actualité juridique, droit administratif
art.	Article
B.A.n.Q.	Bibliothèque et Archives nationales du Québec
D.C.	Décision constitutionnelle
D & R	Droit et Société
Cha.	Chambre
C.	Chapitre
C.A.A.	Cour administrative d'appel (France)
CcQ	Code civil du Québec
CG3P	Code général de la propriété des personnes publiques
CGCT	Code général des collectivités territoriales
coll.	Collection
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
C.U.R.A.P.P.	Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique
éd.	Édition
G.A.J.A.	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
H.U.P.	Harvard University Press
J.O.	Journal officiel de la République française
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État, du Tribunal des conflits et des jugements des tribunaux administratifs (Recueil Lebon)
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
O.U.P.	Oxford University Press
para.	Paragraphe
p.	Page
pp.	Pages
P.U.B.	Presses universitaires de Bordeaux
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
P.U.M.	Presses de l'Université de Montréal
P.U.Q.	Presses de l'Université de Québec
Q.C.C.A	Cour d'appel du Québec
Q.C.C.S.	Cour supérieure du Québec
Q.P.C.	Question prioritaire de constitutionnalité
R.A.Q.	Recherches amérindiennes au Québec
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien.
R.C.C.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D. McGill	Revue de droit de McGill

Rech. Sociogr.	Recherches sociographiques
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D. const.	Revue française de droit constitutionnel
R.F.H.I.P.	Revue Française d'histoire des idées politiques
R.F.H.O.M.	Revue française d'histoire d'outre-mer
R.G.D.	Revue générale de droit
R.H.A.F.	Revue d'histoire de l'Amérique française
R.H.D.I.P.	Revue d'histoire du droit international public
R.H.D.F.E.	Revue historique de droit français et étranger
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.S.A.	Revue internationale des sciences administratives
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.L.R.Q.	Recueil des lois et des règlements du Québec
Sect.	Section(s)
S.C.	Statuts du Canada
T.C.D.P.	Tribunal canadien des droits de la personne

Remerciements

Dans cette section, je souhaite me départir des normes juridiques et des tableaux comptables qui s'entremêlent dans mon esprit, pour me vêtir d'habits traditionnels laissant ressortir l'Amazigh, l'humain libre et simple en moi.

En tant que vivant, mes premiers remerciements vont tout naturellement au Tout auquel j'appartiens... Ce grand mystère, indéfinissable, insaisissable, qui nous lie et nous sépare en même temps, qui nous permet de vivre un présent, un passé et un futur d'une manière simultanée ou asynchrone. Merci, pour cette expérience de vie, à travers laquelle j'expérimente différentes situations, dans des territoires divers et en présence d'êtres aux traditions, expériences, pensées, volontés et personnalités variées. Grâce à cela, mon cerveau recherche, sans que j'en sois parfaitement consciente, des similitudes et des divergences dans un soucis d'adaptation et de compréhension de mon environnement. Merci.

Mes remerciements vont également à mes ancêtres, qui se sont battus pour eux-mêmes, pour des idées ou pour les êtres qui leur sont chers jusqu'à me permettre d'expérimenter présentement ce terrain de jeu qu'est la vie. Un combat qu'ils ont dû mener, individuellement ou collectivement. À travers des déplacements territoriaux...sûrement. À travers la soumission, consciente ou inconsciente, probablement. Voire, en détenant le pouvoir, à certains moments. Je remercie mes grands-parents, qui ne sont plus de ce monde perceptible, et qui ont marqué mon enfance par leurs gentillesse et sagesse. Je remercie ma mère, cette fabuleuse personne, toujours souriante. Un trésor, qui nourrit de joie toute personne qu'elle rencontre. Je remercie toute ma famille maternelle, dont les membres ont su m'apporter un amour sincère et des moments de simplicité lorsque je vivais encore à leurs côtés.

Je remercie ma chère professeure et directrice Geneviève Motard, pour sa confiance et son soutien tout au long de ma maîtrise. Sans son dévouement exceptionnel, le présent mémoire n'aurait pu voir le jour. Diriger une personne libre, qui a du mal à se saisir des codes du milieu scientifique, n'est pas de tout repos ! Sachez que je demeurerai admirative de la personne que vous êtes, humainement et professionnellement et que votre soutien dépasse le cadre de cette recherche. Merci.

Je remercie grandement le Centre pour la conservation et le développement autochtones alternatifs (CICADA), le Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP), le Centre interuniversitaire d'études et de recherches autochtones (CIÉRA) ainsi que la Faculté de droit de l'Université Laval pour leurs soutiens financiers sous forme de bourses (bourse d'admission, bourses de rédaction et bourse de mobilité).

Je remercie également Alexis Tiouka et toute sa famille qui m'ont accueillie à Awala-Yalimapo et m'ont fait découvrir les différentes réalités autochtones en Guyane et la culture Kalin'a. Je remercie Édouad Politur, ses amis et sa famille qui m'ont fait découvrir le littoral guyanais et la diversité culturelle de ce beau territoire. Je remercie Alexandre Bacon, et toutes les personnes que j'ai eu l'occasion de rencontrer à Mashteuiatsh, à Val d'Or et dans les environs de Pessamit. Je remercie également Émilie Lacroix, Françoise Morin et Lise Fortin. Pour finir, je souhaiterais remercier Antoine et toute la famille Ruet-Mascart, la famille Cohen, Benjamin Marquis, Najat Zahid et toute la famille Malki, François-Xavier Cyr, Pascale Martin, Jasmine Van deventer, Ndeye Dieynaba Ndiaye, Héloïse Cinquini, Imane Bouzit, Meryem Chahli et toutes les personnes qui m'ont soutenue depuis mon départ du Maroc pour la France à l'âge de 17 ans et de la France vers le Québec en 2017. Merci.

Introduction

En 2011, le gouvernement de Jean Charest révèle le *Plan Nord*, un projet d'exploitation de grande envergure visant le développement minier, forestier, énergétique, bioalimentaire et touristique au nord du Québec¹. Plus récemment, à la suite de l'abandon du projet *Montagne d'Or*² en Guyane française³ (ci-après « Guyane »), Jean Charest fit un déplacement à Cayenne dans le cadre d'une conférence intitulée *Le Plan Nord, missions et développement*⁴. L'objectif annoncé étant de « présenter une approche de développement industriel d'un territoire sensible, faire un retour d'expérience pour le développement de la filière minière et donner des éléments de réflexion sur la poursuite de cette expérience en Guyane. »⁵ Ces illustrations nous dévoilent la pression actuelle exercée sur ces deux

¹ Le *Plan Nord* a été prévu sur un territoire représentant plus de 70 % de la superficie totale du Québec, au nord du 49^e parallèle, du fleuve Saint-Laurent et du golfe Saint-Laurent. Plus du tiers de la population vivant sur le territoire est autochtone. Six Premières Nations du Québec sur onze (les Innus, les Atikamekw, les Anishnabes, les Inuits, les Cris et les Naskapis) voient leurs territoires ancestraux touchés par ce plan. Les droits de pêche, de chasse, de piégeage et de cueillette entre autres des trois dernières sont protégés et régis notamment par la *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois* et par la *Convention du Nord-Est québécois*, deux traités au sens du para. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11) (ci-après *Loi constitutionnelle de 1982*). Le premier traité a éteint tous les droits ancestraux sur le territoire de la Baie James, bien que les Innus, Atikamekw et Anishnabes revendiquent des droits sur une partie du territoire qu'il vise. Voir *Convention de la Baie-James et du Nord du Québec et conventions complémentaires*, Québec, Publications du Québec, 2011 (ci-après *Convention de la Baie-James et du Nord du Québec*); *Loi sur la Société du Plan Nord*, R.L.R.Q., c. S-16.011, art. 4; Québec, Secrétariat au Plan Nord, *Le Plan Nord à l'horizon 2035* (Plan d'action 2015-2020), Gouvernement du Québec, B.A.n.Q., 2015, p. 9; Doris Farget et Marie-Pier Fullum-Lavery, « La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décisions concernant le Plan Nord ou l'exploitation du Nord québécois : perspective juridique internet et internationale » (2014) 59 : 3 R.D. McGill 595, p. 597.

² Il s'agit d'un projet de mine d'or conçu par la Compagnie Minière Montagne d'Or. Il concernait un territoire situé au sud de Saint-Laurent-du-Maroni. Le projet prévoyait l'extraction d'un minimum de 85 tonnes d'or. Compagnie Minière Montagne d'Or, *Un projet de mine d'or responsable*, section Présentation (25 juillet 2018), en ligne : <https://montagnedor.fr/mdo-le-projet/presentation-generale/> (consulté le 5 février 2020).

³ La Guyane, située en Amérique du sud, est le plus grand département français. Il s'étend sur une superficie de plus de 86 504 km² et est recouvert à plus de 95 % de forêt. Sa forêt tropicale fait partie des forêts les plus riches et denses au monde. Sept grandes familles de Nations vivent aujourd'hui sur le territoire guyanais : les peuples du littoral (Lokono, Pahikweneh, Téleuyu) et les peuples de l'intérieur (Teko, Wayampi, Wayana, Apalaï). Il existait, avant la colonisation par les pays européens, un nombre important de communautés qui, au cours du temps, ont été amenées à se constituer en une seule collectivité. Voir André Calmont, « La forêt guyanaise, entre valorisation et protection des ressources écosystémiques » (septembre 2012) 14 *Vertigo* - la revue électronique en sciences de l'environnement, Hors-série 14 à la sect. 2, en ligne : <https://journals.openedition.org/vertigo/12402> (consulté le 2 janvier 2020) (ci-après Calmont); Jean Hurault, « La population des Indiens de Guyane française I. Vue historique générale » (1965) 20 : 4 *Population* 603, p. 618.

⁴ Conférence « *Le Plan Nord, missions et développement* » du 28 août 2019. Voir : Blada.com, section infos citoyennes, en ligne : https://www.blada.com/boite-aux-lettres/infos-citoyennes/14757-Conference_Le_Plan_Nord_missions_et_developpement.htm (consulté le 2 janvier 2020).

⁵ *Ibid.*

territoires sensibles⁶, alors même que les *droits inhérents*⁷ aux peuples autochtones ne profitent pas d'une pleine reconnaissance de la part des États concernés⁸. En réalité, bien qu'une certaine prise en compte existe au sein des ordres juridiques étatiques, notamment sous la forme de *droits d'usage collectifs* en Guyane⁹ et de *droits ancestraux* au Canada et au Québec¹⁰, elle demeure incomplète. L'accès des peuples autochtones à leurs territoires ancestraux et à leurs ressources est restreint par les pouvoirs publics, de manières différentes d'un État à l'autre. Toutefois, nous avons pu relever une limite commune, qui sera au centre de notre étude : l'*intérêt général*. Aux yeux des peuples autochtones concernés, cette situation contribue à la continuation de leur dépossession territoriale. Ils revendiquent des droits

⁶ Le territoire guyanais et le territoire du Nord québécois regorgent de ressources naturelles notamment minérales et forestières. La raréfaction des ressources ces dernières années amènent à s'intéresser à des zones géographiques qui étaient jusque-là inexploitées. Pourtant les écosystèmes des deux régions comptent parmi les plus fragiles au monde. Voir notamment : A. Calmont, *supra* note 3; Alexandre Brun, Ève Harbour-Marsan, Frédéric Lasserre et Éric Mottet, « Le Plan Nord : enjeux géopolitiques actuels au regard des “Plans Nord” passés » (2017) 58 : 2 Rech. Sociogr. 297, pp. 297–335.

⁷ Il s'agit de droits qui « [...] découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire, de leurs lois et de leur philosophie [...] ». Assemblée générale des Nations unies, *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*. Résolution adoptée le 13 septembre 2007, A/RES/61/295 (ci-après *Déclaration des Nations unies*), préambule.

⁸ Pour la situation du Canada voir : Comité des droits de l'homme, *Observations finales : Canada*, CCPR/C/CAN/CO/6, Nations Unies, août 2015, para. 1; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales : Canada*, E/C.12/CAN/CO/6, Nations Unies, mars 2016, para. 14, 19 et 20; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : Canada*, CERD/C/CAN/CO/21-23, Nations Unies, septembre 2017, para. 19 et 20; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya : la situation des peuples autochtones au Canada (additif)*, 21^e sess, A/HRC/27/52/Add.2, Nations Unies, juillet 2014, para. 62, 65, 96 et 99. Pour la situation de la France voir Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : France*, CERD/C/FRA/CO/20-21, Nations Unies, juin 2015, para. 11 et 12; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : France*, CERD/C/FRA/CO/17-19, Nations Unies, septembre 2010, para. 18; Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'experte indépendante sur les questions relatives aux minorités (additif) : mission en France (19-28 septembre 2007)*, 7^e sess, A/HRC/7/23/Add.2, Nations Unies, 3 mars 2008, para. 77.

⁹ D'autres dispositifs juridiques existent au côté des *droits d'usages collectifs* en faveur des « communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leur subsistance de la forêt » : les concessions et cessions collectives initialement établies par le *décret n°87-267 du 14 avril 1987 modifiant le code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, J.O du 16 avril 1987, p. 4316 (ci-après *Décret du 14 avril 1987*). Ces dispositifs sont désormais consacrés par les articles L. 5143-1, L. 5142-2 et R. 5143-3 du Code général de la propriété des personnes publiques (ci-après CG3P). Dans le cadre de notre recherche nous ne nous intéressons qu'aux *droits d'usage collectifs* en ce que, à l'instar des *droits ancestraux*, ils ne découlent ni d'un traité ni d'un contrat, ni d'un transfert de propriété. De surcroît ils concernent des droits de chasse, de pêche, de piégeage, de cueillette et d'agriculture alors que les *concessions et cessions* visent, en principe, l'installation de villages.

¹⁰ À côté de la catégorie des *droits ancestraux*, une autre catégorie juridique existe : les *droits issus de traités*. Ceux-ci sont également confirmés par le para. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois* qui s'applique à une partie du territoire visé par le *Plan Nord*, en font partie. Nous excluons d'office l'étude de ces droits, car ils proviennent d'une entente contrairement aux *droits ancestraux* et ne peuvent de ce fait être comparés aux *droits d'usage collectifs*.

fonciers et une protection juridique plus large des terres, territoires et ressources, en respectant dûment leurs coutumes, traditions et régimes juridiques¹¹.

Les *droits ancestraux* au Canada ont une assise constitutionnelle¹². Ils incluent une multitude de réalités, passant de la possession de titres sur le territoire à l'utilisation de ressources naturelles, et de l'adoption à la pratique de rituels¹³. Leur existence est confirmée, au cas par cas¹⁴, dans le cadre des litiges¹⁵. L'absence de leur définition dans la *Loi constitutionnelle de 1982* a eu pour conséquences que leurs conditions d'existence et attributs aient été progressivement posées par le juge¹⁶. Au Canada, le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire peuvent porter atteinte aux *droits ancestraux* : 1) s'ils le justifient par la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel¹⁷ et ; 2) s'ils démontrent que l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire entre les peuples autochtones et la

¹¹ Voir pour la Guyane : Alexis Tiouka, « Droits collectifs des peuples autochtones. Le cas des Amérindiens de Guyane française » dans Isabelle Schulte-Tenckhoff (dir.), *Altérité et droit. Contribution à l'étude des rapports entre droit et culture*, Bruxelles, Bruylants, 2002, pp. 241-262. Pour le Québec : Ghislain Otis, « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme : Le système de la Cour suprême » (2011) 41 : 1 R.A.Q. 115 (ci-après Otis, « Identitarisme »), pp. 115-118.

¹² Les *droits ancestraux* sont « une composante centrale de l'ordre constitutionnel canadien. » *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de ManiUtenam)*, 2020 CSC 4 (ci-après « *Uashaunnuat* »), para. 21. Ils ont été reconnus et réaffirmés dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais non créés par elle. Ils existaient et étaient reconnus en *common law* avant cette date. Mais cette reconnaissance ne se fait que dans les limites du système juridique canadien. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 (ci-après *Van der Peet*), para. 46.

¹³ Kerry Wilkins, *Essentials of Canadian Aboriginal Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 195; *Terre-Neuve-et-Labrador c. Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 27.

¹⁴ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (ci-après *Sparrow*), p. 1111; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (ci-après *Delgamuukw*), para. 165.

¹⁵ Lorsqu'un groupe autochtone identifié ou un membre de ce groupe soumettent au tribunal une revendication d'un droit ancestral fondée sur le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge procède à une analyse en quatre étapes. Il doit déterminer : 1) « si le requérant a prouvé qu'il exerçait un droit ancestral »; 2) « s'il y a eu extinction de ce droit avant l'édition du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* »; 3) « s'il y a eu atteinte à ce droit »; enfin, 4) « si l'atteinte était justifiée. » *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1091-1120; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 (ci-après *Gladstone*), para. 20. Le cadre d'analyse applicable pour déterminer s'il y a une atteinte vise les textes législatifs et réglementaires fédéraux et provinciaux. Mais une loi provinciale ne saurait avoir comme caractéristique principale la réglementation d'un droit ancestral, puisque cela relève de la compétence législative exclusive du Parlement fédéral. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 (ci-après *Côté*), para. 74; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 160 et 165.

¹⁶ *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 138. Voir aussi *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. (ci-après *Adams*), para. 26-27; *Côté*, *supra* note 15, para. 35-39; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, para. 53. Plus récemment, la Cour a réitéré sa préférence pour l'utilisation de l'exemple du spectre pour définir les *droits ancestraux* car, à son sens, certains de ces droits ont « des liens plus intimes avec le territoire que d'autres. » Voir *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 27; Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40 : 3 *Les Cahiers de droit* 591 (ci-après Otis, « Les sources »).

¹⁷ *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1114; *Gladstone*, *supra* note 15, para. 56; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161; *R. c. Mitchell* [2001] 1 R.C.S. 911 (ci-après *Mitchell*), para 11.

Couronne¹⁸. Par conséquent, lorsqu'une affaire est portée devant lui, le juge applique un *test de justification*¹⁹ dans le cadre duquel est mobilisé la notion d'*intérêt général ou supérieur du public*.

Les *droits d'usage collectifs* en Guyane sont constatés sur des terrains domaniaux²⁰ par arrêté préfectoral aux « communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leur subsistance de la forêt »²¹, à la suite d'une demande émanant de leur part « pour la pratique de la chasse, de la pêche et, d'une manière générale, pour l'exercice de toute activité nécessaire à [leur] subsistance [...] »²². Ces droits s'exercent dans les limites géographiques et d'usage des ressources définies dans l'arrêté²³. Ils sont consacrés par le droit français non sans contradiction, dans un cadre juridique où la conception individuelle des droits prime²⁴ et dans une tradition républicaine niant, dans son discours, les spécificités culturelles mais appliquant, en pratique, une différenciation normative basée sur l'appartenance ethnique²⁵. Ils ne profitent pas d'une protection constitutionnelle, laquelle aurait peut-être amené le juge à la réalisation d'un *test de justification* semblable, en partie, à celui opéré au Canada²⁶. Ils

¹⁸ Sparrow, *supra* note 14, pp. 1111 et 1119; Delgamuukw, *supra* note 14, para. 161; Mitchell, *supra* note 17, para. 11.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Ce qui a amené à une délimitation territoriale en forme de zonage pour pouvoir exercer ces droits. Damien Davy, Geoffroy Filoche (coord.), avec les contrib. de Françoise Armanville et Armelle Guignier, *Zones de droits d'usage collectifs, concessions et cessions en Guyane française : bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, Observatoire Hommes/Milieux « Oyapock », 2014 (ci-après Davy, Filoche *et al.*), p. 94. Cela explique pourquoi un grand nombre d'auteurs parlent de Zones de droits d'usage collectifs (« ZDUC »).

²¹ CG3P, art. R. 5143-1.

²² *Ibid.*

²³ Geoffroy Filoche, Damien Davy, Armelle Guignier et Françoise Armanville, « La construction de l'État français en Guyane à l'épreuve de la mobilité des peuples amérindiens » (2007) 75 : 2 *Critiques internationales* 71 (ci-après Filoche *et al.*), p. 78.

²⁴ Norbert Rouland, « La tradition juridique française et la diversité culturelle » (1994), 27 D & R 381.

²⁵ Le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'art. 1^{er} de la *Constitution du 4 octobre 1958*, J.O. du 5 octobre 1958, pp. 9151-9173 (ci-après Constitution de 1958), a dégagé le *principe d'unicité du peuple français* et l'a érigé en principe à valeur constitutionnel. Voir *Conseil constitutionnel, décision n° 91-290 D.C. du 9 mai 1991*, J.O. n°111 du 14 mai 1991, p. 6350. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs précisé qu'une révision constitutionnelle serait nécessaire pour qu'une mesure puisse reconnaître des droits à des groupes sur le fondement d'éléments culturels, ethniques ou raciaux. Voir *Conseil constitutionnel, décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999*, J.O. n°139 du 18 juin 1999, p. 8964. Pourtant, les *droits d'usage collectifs* sont prévus en Guyane sur la base de leur identité ethnique collective.

²⁶ En France, le législateur est tenu de justifier toute atteinte d'un droit ou liberté ayant valeur constitutionnelle par la poursuite d'un objectif d'*intérêt général*, qu'il lui revient d'apprécier lui-même. *Conseil constitutionnel, décision n° 83-162 D.C. des 19 et 20 juillet 1983*, J.O. du 22 juillet 1983 p. 2267; *Conseil constitutionnel, décision n° 87-232 D.C. du 7 janvier 1988*, J.O. du 19 janvier 1988, p. 482; *Conseil Constitutionnel, décision n° 93-322 D.C. du 28 juillet 1993*, J.O. du 30 juillet 1993, p. 10750.

sont plutôt soumis aux principes, procédures et règles administratifs de droit commun, dans le cadre desquels l'*intérêt général* occupe une place centrale²⁷.

L'*intérêt général* en France, « à la base des grandes constructions jurisprudentielles publiques » et « au fondement de nombreuses constructions législatives spécifiques », a permis l'instauration d'un régime dérogatoire au profit de la puissance publique²⁸. L'administration française dispose de prérogatives lui permettant d'imposer sa volonté pour l'*intérêt général*²⁹. Elle peut changer l'ordonnancement juridique *ad libitum*, en créant des droits et obligations ou en modifiant des normes existantes, notamment par le biais d'*actes administratifs unilatéraux* (« A.A.U. »)³⁰. Les droits d'*usage collectifs* sont constatés par des A.A.U. : les arrêtés préfectoraux³¹. Ils sont soumis à un régime dont les priviléges sont justifiés par la poursuite de l'*intérêt général*³².

En droit public français, l'*intérêt général* est mis en œuvre par le pouvoir réglementaire³³ après que son contenu ait été déterminé par la loi³⁴. Dans sa constatation, le rôle du juge est considéré comme secondaire³⁵ bien qu'il soit crucial en réalité. En effet, ce sont les juges qui ont élaboré une idéologie de l'*intérêt général*³⁶ et ont érigé ce dernier en

²⁷ Selon l'expression de Marcele Waline employée par le Conseil d'État : « [...] la notion d'intérêt général est l'épine dorsale du droit public dont elle justifie les spécificités [...] ». Conseil d'État, *Considérations générales : L'intérêt général. Rapport public*, 50 Études et documents du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 1999 (ci-après CE, *Rapport public 1999*), p. 277.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Jacques Chevallier, « Le droit administratif, droit de privilège ? » (Septembre 1988), 46 *Pouvoirs* 57, p.57.

³⁰ Pour une définition pratique de l'A.A.U., voir Benjamin Defoort, « Définir la décision administrative dans le futur CRPA ? » (2015) 69 : 14 A.J.D.A. 811; Piere Devolvé, « La définition des actes administratifs » (2016) 1 R.F.D.A. 35.

³¹ Les arrêtés préfectoraux sont des A.A.U. formalisant les décisions unilatérales prises par le préfet dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues. Dans le cas des *droits d'usage collectifs*, c'est l'art. R. 5143-1 du CG3P qui lui attribue cette compétence.

³² Le pouvoir de décision unilatérale de l'administration exprime l'exorbitance des prérogatives dont elle dispose, elle-même justifiée par la poursuite de l'*intérêt général*. Christophe Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Tome 304, 1^{re} éd, Paris, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., 2018, pp. 102-104.

³³ Patrice Chrétien, Nicolas Chifflet et Maxime Tourbe, *Droit administratif*, 16^e éd, Paris, Sirey Université, 2018 (ci-après Chrétien, Chifflet et Tourbe), p 8.

³⁴ CE, *Rapport public 1999*, *supra* note 27, p. 262.

³⁵ Chrétien, Chifflet et Tourbe, *supra* note 33, p. 7.

³⁶ *Ibid.*

fondement du droit public³⁷. Ils contrôlent également l'action de l'administration³⁸. En principe, c'est à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir³⁹ que le juge administratif procède au *contrôle de légalité*⁴⁰ des A.A.U. Dans cette démarche, l'*intérêt général* remplit une double fonction : il est à la fois une cause d'illégalité⁴¹ et une condition de légitimité⁴² de l'action administrative.

L'*intérêt général* est ainsi mobilisé par les juridictions canadiennes et québécoises pour limiter les *droits ancestraux* des peuples autochtones au moment où en France, il est érigé en fondement de toute action publique. Un constat qui, dans un rapport historique colonial, nous a amené à formuler trois principales questions :

- (1) Au Québec, l'application et l'interprétation du critère de l'*intérêt général ou supérieur du public* par la Cour suprême du Canada (« Cour suprême ») et les cours et tribunaux québécois pour justifier les atteintes aux *droits ancestraux* participe-t-elle à la dépossession territoriale des peuples autochtones ?
- (2) En Guyane, les prérogatives accordées à l'administration et la liberté que détient le législateur à porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et à appliquer une législation différentielle, toutes justifiées par un impératif

³⁷ « On sait la part prise par le juge administratif à l'élaboration et l'individualisation du droit public, dont il a contribué à définir les notions fondamentales. L'intérêt général irrigue largement ce droit prétorien, soit comme source directe en contribuant la définition de certaines notions, soit de façon plus diffuse, que l'on peut deviner derrière les différents régimes de droit public. » CE, *Rapport public 1999*, *supra* note 27.

³⁸ Jacques Chevallier, « L'intérêt général dans l'administration française » (1975) 41 :4 R.I.S.A. 325, p. 325; Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 329.

³⁹ Il s'agit d'un recours judiciaire « par lequel l'intéressé peut demander au juge administratif de reconnaître qu'une décision administrative est illégale, et d'en prononcer l'annulation. Jean Waline, *Droit administratif*, 27^e éd, Paris, Dalloz, 2018 (ci-après Waline), p. 723.

⁴⁰ Ce recours peut être fondé sur divers motifs tendant tous au *contrôle de légalité* au sens large (régularité juridique de l'acte administratif). Voir François Gazier, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 » (1951), 5 *Études et documents du Conseil d'État* 77, p. 77 cité dans Chrétien, Chifflot et Tourbe, *supra* note 33, p. 794.

⁴¹ Roger Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative » (1952) R.D.P., pp 275 et suiv. ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13^e éd, Paris, Dalloz, 2001, p. 30.

⁴² Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? » (Juin 2004), 16 *Cahiers du Conseil constitutionnel* (ci-après Merland), p. 3, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-interet-general-instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux>.

d'*intérêt général*, concourent-elles également à la dépossession territoriale des peuples autochtones ?

- (3) Est-ce que l'interprétation fonctionnelle de l'*intérêt général* au sein des ordres juridiques étatiques favorise les conceptions de l'*intérêt général* des agents et groupes détenant un pouvoir de décision, d'information et de pression important au détriment des peuples autochtones ?

À travers une étude comparative, nous démontrerons que l'interprétation fonctionnelle⁴³ de l'*intérêt général* par les juges constitutionnels au Canada et au Québec et par les juridictions administratives et constitutionnelles en France, contribue conjointement à la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones de trois manières :

- (1) Au Québec, la mise en place du critère de l'*intérêt général du public* ou de l'*intérêt supérieur du public* par la Cour suprême et sa réception par les cours et tribunaux québécois pour justifier les atteintes aux *droits ancestraux* repose sur une rationalité qui ne permet pas d'inclure d'une manière optimale les valeurs⁴⁴, objectifs et moyens préconisés par les peuples autochtones;
- (2) En Guyane, les prérogatives accordées à l'administration et la liberté que détient le législateur à porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et à appliquer une législation différentialiste, toutes justifiées par un impératif d'*intérêt général*, accordent un privilège démesuré à l'État au regard de la nature précaire du dispositif juridique des *droits d'usage collectifs*;
- (3) L'interprétation et le rôle assigné à l'*intérêt général* par les juridictions administratives et constitutionnelles au sein des ordres juridiques étatiques,

⁴³ Nous parlons d'interprétation fonctionnelle, car le concept ou la notion d'intérêt général ne semble pouvoir se définir qu'en relation avec le rôle ou la fonction qui lui est assignée. Comme le dit D. Trucher : « il y a unanimité pour considérer que la notion est fonctionnelle » Didier Truchet, « La notion d'intérêt général : point de vue d'un professeur de droit », 1 : 58 LEGICOM 5, p.6

⁴⁴ Au sens de Charles Taylor, les sciences sociales ont « généralement écarté la formulation d'idéaux moraux et ont favorisé le recours à des facteurs prétendument plus concrets et plus terre-à-terre. » Les valeurs dont nous ferons référence tout au long du mémoire ne seront pas dépourvues de moralité. Car, nous sommes du même avis que C. Taylor lorsqu'il estime que les évolutions sociales sont expliquées par « l'appétit des richesses ou du pouvoir, ou du pouvoir, ou encore par la lutte pour la vie ou par le besoin de dominer les autres » en tant que justifications scientifiques se suffisant à elles-mêmes alors que ces justifications peuvent reposer d'abord sur des valeurs morales et un idéal moral. Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992 (ci-après Taylor), pp. 34-35.

héritage de la période médiévale puis coloniale, favorise les valeurs, moyens et objectifs des agents et groupes détenant un pouvoir de décision, d'information et de pression important au détriment des peuples autochtones.

L'objectif premier de notre démarche est de contribuer à la déconstruction du discours institutionnel concernant l'*intérêt général*, au moment où l'intégrité des territoires des peuples autochtones et leurs *droits inhérents* sont encore menacés par des projets étatiques tels que le *Plan Nord*. Nous souhaitons davantage nous interroger sur les conséquences de l'interprétation de l'*intérêt général* par les juges dans la dépossession territoriale des peuples autochtones, qu'apporter une critique concernant la polysémie de la notion. Nous ne nous désintéresserons pas pour autant aux différentes conceptions⁴⁵ de celle-ci et à la manière dont elles sont reçues dans le cadre des litiges, qui soulèvent bien des questionnements.

En France, une doctrine abondante traite de la question de l'*intérêt général*. Elle fait part d'une importante remise en cause des valeurs idéologique et juridique du concept⁴⁶, soulignant, entre autres, son caractère abstrait et mouvant, ainsi que la multiplicité de ses interprétations, emplois et traductions stratégiques⁴⁷. Les auteurs que nous avons identifiés, concentrent leurs recherches sur les grands arrêts du Conseil d'État et les décisions du Conseil constitutionnel, sans pousser leurs réflexions en contexte autochtone. Néanmoins, les articles traitant spécifiquement des *droits d'usage collectifs* mettent en lumière la problématique de la reconnaissance des droits des peuples autochtones que soulève ce dispositif⁴⁸ et constatent la continuation de la dépossession territoriale de ces derniers dans

⁴⁵ Lorsque nous parlons de conceptions, nous souhaitons référer le lecteur aux représentations globales et finales de l'*intérêt général*, faites ou reçues par les interprètes de cette notion et qui doivent sur la base de celles-ci prendre une décision (loi, règlement, décision administrative, décision judiciaire etc.).

⁴⁶ Chrétien, Chifflet et Tourbe, *supra* note 33, p. 7; Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général » dans C.U.R.A.P.P. (éd.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol 1, Paris, P.U.F., 1978, pp. 11-45 (ci-après Chevallier); Thierry Foucart, « La définition contestable de l'intérêt général par le Conseil d'État » (10 octobre 2018), *Contrepoints*, en ligne : <https://www.contrepoints.org/2018/10/10/327228-la-definition-contestable-de-l-interet-general-par-le-conseil-detat> (consulté le 19 novembre 2019) (ci-après Foucart).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Qui, à leur sens, ne repose pas sur un statut juridique solide et met les peuples autochtones dans une situation de vulnérabilité. Voir notamment Brigitte Wyngaarde, « Les ZDUC, un enjeu politique...» dans Irène Bellier (dir.), *Terres, territoires, ressources : Politiques, pratiques et droits des peuples autochtones*, Paris, L'Harmattan, 2014 (ci-après Wyngaarde), pp. 187-188; Damien Davy, Geoffroy Filoche, Armelle Guignier et Françoise Armanville, « Le droit foncier chez les populations amérindiennes de Guyane française : entre acceptation et conflits » (2016), 26 A.F.H.J 223, p. 236.

un contexte de développement démographique, d'urbanisation et de création de nouveaux établissements publics chargés de missions d'*intérêt général*⁴⁹. Ces constats confortent notre démarche en ce sens que toutes les décisions prises par les services et représentants de l'État sur le territoire sont fondées sur la poursuite d'un *intérêt général*.

Au Québec et au Canada, la doctrine critique largement la mise en balance des intérêts autochtones avec l'*intérêt supérieur du public* qu'effectuent les juges⁵⁰. Au fondement de cette mise en balance, l'objectif de conciliation de l'occupation antérieure des peuples autochtones avec la souveraineté de la Couronne canadienne est lui-même vu comme étant « ambigu »⁵¹. A. Walkem parle de mécanisme de protection des tiers contre les *droits ancestraux*.⁵² Elle définit la procédure de justification des atteintes d'« épée légale plutôt qu'un bouclier » [notre traduction]⁵³. G. Otis y voit de son côté une « volonté politique du plus haut tribunal de mettre en œuvre des procédés [...] qui sauvegardent de manière univoque le primat de l'État et les acquis essentiels de la colonisation tout en affirmant une certaine légitimité autochtone. »⁵⁴ Pour Kent McNeil, en permettant à des intérêts non constitutionnels de l'emporter sur des droits constitutionnels, la Cour suprême va à l'encontre de la Constitution⁵⁵. Finalement, le fait que les droits des peuples autochtones doivent respecter les limites du système juridique canadien est considéré comme une manière de conforter la position dominante du droit étatique⁵⁶.

⁴⁹ B. Wyngaarde, *supra* note 48, pp. 187-188.

⁵⁰ Voir notamment : James I. Reynolds, *Aboriginal Peoples and the Law: A critical Introduction*, Vancouver, Purich Books, 2018 (ci-après Reynolds), pp. 199-204; Achel Ariss, Clara Fraser et Nazneen Somani Diba, « Crown policies on the duty to consult and accommodate: towards reconciliation? » (2017) 13:1 R.D. McGill 5, pp. 51-52.

⁵¹ Alexandre Carrier, *La délégation de l'obligation de consulter et d'accorder les peuples autochtones au promoteur ou le rôle de la Couronne comme médiatrice de réconciliation*, mémoire de maîtrise, Droit, Montréal, Université de Montréal, 2018, p. i.

⁵² Ardith Walkem, « Constructing the Constitutional Box: The Supreme Court's Section 35(1) Reasoning », dans Ardith Walkem et Halie Bruce (ed.), *Box of Treasures or Empty Box? Twenty Years of Section 35*, Penticton, Theytus, 2003, p. 204.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Otis, « Identitarisme », *supra* note 11, p. 116.

⁵⁵ Kent McNeil, « Defining Aboriginal Title in the 1990s » (12th Annual Robarts Lecture), Université de York, 25 mars 1998, p. 17.

⁵⁶ John Borrows, « With or Without You: First Nations Law (in Canada) » (1996) 41 R.D. McGill 629, p. 629.

Pour démontrer notre hypothèse, nous adoptons une approche comparative⁵⁷. Le choix de la Guyane et du Québec s'explique par différentes raisons. D'abord, par le fait que ces deux territoires disposent de richesses souterraines importantes suscitant l'intérêt des industries (extractives, pharmaceutiques, hydraulique etc.). Ensuite, parce que ces territoires nous permettent de confronter en même temps 1) la conception de l'*intérêt général* au sein d'une tradition bijuridique (civiliste et de *common law*) à celle d'une tradition civiliste, et 2) la reconnaissance des droits des peuples autochtones à une échelle constitutionnelle à une constatation qui a lieu, cette fois, à l'échelle réglementaire, voire législative. Finalement, l'histoire commune se dessinant entre ces deux régions du monde - ayant été soumises à la colonisation européenne - nous permet d'étudier l'évolution du droit étatique et l'interprétation de l'*intérêt général* qui ressortent de deux contextes coloniaux distincts.

Nous souhaitons dégager des constantes communes entre les ordres juridiques étatiques, à travers la confrontation des règles de droit et des pratiques institutionnelles historiques et contemporaines. Étant donné que la majorité des décisions qui seront étudiées se situent dans une « zone de pénombre »⁵⁸ des normes juridiques étatiques, nous essaierons de présenter le droit tel qu'il est aujourd'hui tout en mettant en lumière ses incohérences, qui peuvent concourir à la dépossession territoriale des peuples autochtones. Nous adoptons une démarche descriptive et fonctionnelle. Nous nous appuierons sur certaines théories économiques (théories relatives à la prise de décision, se fondant sur les sciences mathématiques) à la dernière étape de notre analyse lorsqu'il sera question d'aborder la nature de la rationalité appliquée par les juridictions de droit public dans la justification des atteintes à des droits ou libertés protégés constitutionnellement.

Nous présenterons, comparativement, les étapes de l'affirmation de la souveraineté française et de celle de la Couronne canadienne ainsi que les techniques juridiques de création des deux catégories juridiques (*droits ancestraux* au Québec et *droits d'usage collectifs* en Guyane), en partant du principe que le droit public est un droit de l'État, comprenant le droit

⁵⁷ « Le droit comparé répond [au] besoin d'élargissement. De même que les hommes se sentent à l'étroit, même s'ils les aiment, dans leurs frontières d'État, de même les juristes sentent obscurément que leur seul droit national, leur droit positif, ne suffit plus à donner du monde juridique une idée satisfaisante ». René Rodière, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, p. 3.

⁵⁸ Terme emprunté à Christophe Béal (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, Coll. « Textes clés de philosophie », 2015 (ci-après Béal), p. 29.

constitutionnel et le droit administratif, et que l'État est un « ordre juridique relativement centralisé »⁵⁹. Loin de nous l'idée de soutenir ici une certaine *idéologie du centrisme juridique*⁶⁰. Nous ne nions surtout pas l'existence d'ordres normatifs non étatiques, ou leur prise en compte par les États. Seulement, leur acceptation par ces derniers ne semble à nos yeux s'opérer que dans la mesure où ils s'imbriquent à leur ordre juridique. Même si l'État accepte le pluralisme juridique, ceci se réalise dans les limites inconstantes⁶¹ qu'il prescrit lui-même⁶². Nous nous situons ainsi dans le courant du *pluralisme relatif*⁶³. Nous gardons par ailleurs à l'esprit qu'« [u]ne fois le système juridique étatique imposé de force aux peuples autochtones, c'est maintenant ce même système, avec des juges nommés par les gouvernements, qui détermine la nature et l'amplitude des droits des peuples autochtones, selon les lois de ces gouvernements ! »⁶⁴ De ce fait, par la négation des systèmes et ordres juridiques autochtones, l'État pourrait imposer sa seule conception de l'*intérêt général* et écarter d'office celles qui pourraient émerger d'ordres juridiques précédant sa création.

« Le droit est un concept d'interprétation. Les juges sont censés décider de la nature du droit en interprétant la pratique d'autres juges qui ont décidé de la nature du droit »⁶⁵. Dès lors, se focaliser spécifiquement sur la manière dont « pensent les juges »⁶⁶, devrait nous permettre de mieux saisir la production et l'articulation des normes juridiques régissant les *droits inhérents* aux peuples autochtones⁶⁷. Dans cette démarche, nous présenterons et

⁵⁹ Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L., 1972, p. 61.

⁶⁰ Sur l'idéologie du centrisme juridique, voir notamment John Griffiths, « What is Legal Pluralism » (1986)18 : 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, pp. 1-55.

⁶¹ « Le droit n'apparaît possible que parce qu'il répond aux impératifs de la stabilité et du changement : parce qu'il objective les rapports sociaux et peut connaître de multiples mutations dans le cadre d'une subjectivation continue ». Pierre Noreau, « Comment la législation est-elle possible ? Objectivation et subjectivation du lien social » (2001) 47 R.D. McGill 195 (ci-après Noreau), p. 195.

⁶² Pour les débats relatifs au monisme et au pluralisme juridique relativement aux droits des peuples autochtones / droit autochtone, voir Geneviève Motard, Emmanuelle Piccoli et Christoph Eberhard (dir.), « Pluralismes juridiques et interculturalité » (2016) 40 : 2 *Anthropologie et Société* 9 (ci-après Motard et al. (dir.)); Maxime Saint-Hilaire, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, thèse de doctorat, Droit, Québec, Université Laval, 2013, p. 121; Ghislain Otis, « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », dans Ghislain Otis (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, coll. « Les terrains du siècle », 2013, pp. 102-103.

⁶³ Pour plus de précisions sur le *pluralisme relatif*, voir Motard et al. (dir.), *supra* note 62.

⁶⁴ Pierre Rousseau, *Une justice coloniale. Le système juridique canadien et les Autochtones. Témoignage d'un procureur de la couronne dans l'Arctique canadien*, Québec, P.U.L., 2019, p. 39.

⁶⁵ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 33-47.

⁶⁶ Fait référence au titre de l'ouvrage de Posner. Voir Richard Posner, *How judges Think*, Cambridge-London, H.U.P., 2008, 387 p.

⁶⁷ Béal, *supra* note 58, p. 28.

analyserons le discours du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel concernant l'*intérêt général* dans un contexte général⁶⁸, et le discours de la Cour suprême, de la Cour d'appel du Québec et de la Cour supérieure du Québec dans un contexte d'atteinte aux *droits ancestraux*. Le choix de ces juridictions n'est pas anodin.

En France, le Conseil constitutionnel opère un *contrôle de la constitutionnalité* des lois dans le cadre duquel la notion d'*intérêt général* est mobilisée. Il nous semble dès lors important de nous intéresser à ses décisions⁶⁹, nonobstant le fait que les *droits d'usage collectifs* ne soient pas directement concernés par ledit contrôle⁷⁰. De son côté, le Conseil d'État représente une institution de poids en droit public français, à laquelle nous devons obligatoirement et principalement nous intéresser. Il représente le « juge suprême » en matière administrative⁷¹, « détenant le pouvoir ultime d'imposer son interprétation »⁷². En effet, contrairement à ce qui est fréquemment avancé, le droit administratif en France demeure un droit jurisprudentiel⁷³. Jusqu'à ce jour, le Conseil d'État maîtrise amplement la production du droit administratif « et même plus »⁷⁴ : il peut rendre des décisions *contra legem*⁷⁵. Nous nous pencherons ainsi sur plusieurs décisions importantes du Conseil

⁶⁸ Alors qu'au Canada, ces atteintes sont justifiées dans un cadre constitutionnel au sein duquel les peuples autochtones sont une catégorie juridique spécifique, en France, les peuples autochtones de Guyane ne sont pas, en principe, considérés comme des sujets de droit différents des autres citoyens français. La pratique que nous aurons l'occasions de développer remet en cause cette affirmation concernant la France.

⁶⁹ Le Conseil constitutionnel, à titre de gardien de la Constitution de 1958, contribue largement à « modeler l'ordonnancement juridique ». Il détermine « la portée et le contenu des valeurs affirmées par la Constitution » et va jusqu'à tirer « de l'exégèse des textes – voire même de l'évolution sociale – des normes auxquelles le législateur sera tenu de se conformer » : Céline Wiener, « La justice constitutionnelle : entre droit et politique ? », dans Philippe Bezès *et al.* (collab.), *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur J. Chevallier*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 273 et 275.

⁷⁰ Dans le sens où ils ne sont pas protégés par la Constitution de 1958 comme cela est le cas au Canada.

⁷¹ Il occupe « une position centrale au sein de l'État [...], qui témoigne de l'équilibre complexe réalisé en France entre une construction étatique, dont le Conseil se présente comme la clef de voûte, et une logique politique résultant du jeu des mécanismes démocratiques ». Jacques Chevallier, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État » (2007), 123 : 4 *Pouvoirs* 5, p. 6.

⁷² Louis, *infra* note 383, pp. 44-45; Olivier Renaudie, « Le Conseil d'État et le fait parlementaire : plaider pour une évolution », dans Philippe Bezès, Michel Borgetto, Danièle Bourcier (Éd.), *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur J. Chevallier*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 297.

⁷³ « [L]e droit administratif est ou était, essentiellement jurisprudentiel; puis il est de plus en plus codifié, par l'entremise du Conseil d'État; et enfin interprété à nouveau par le même Conseil qui peut infléchir encore le sens des textes. » Aude Zaradny, « Écrire. L'influence de la légitique sur les caractéristiques du droit administratif » dans A.F.D.A. (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018, p. 23.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁵ Gérard Timsit parle de « transgression ». Il cite l'exemple de l'arrêt *Dame Lamotte* (Conseil d'État, ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Lebon p. 110) dans lequel le Conseil d'État a accepté

constitutionnel et d'arrêts récents du Conseil d'État et des différentes Cours administratives d'appel. Toutes ces décisions ont soit joué un rôle important dans l'évolution de l'idéologie ou du rôle de l'*intérêt général* dans la jurisprudence française soit apportent des éclaircissements sur les mesures étatiques pouvant être reconnues comme œuvrant dans l'*intérêt général* en présence des *droits d'usage collectifs*⁷⁶.

Au Québec, du fait que les *droits ancestraux* sont protégés par le droit fédéral⁷⁷ et qu'au Canada existe un *principe d'unicité juridictionnelle*⁷⁸, notre analyse des décisions se focalisera en priorité sur les décisions de la Cour suprême. Parallèlement, une attention sera portée à la jurisprudence des cours supérieures provinciales, savoir la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec⁷⁹. Ces deux cours sont compétentes pour contrôler les décisions des autres juridictions provinciales⁸⁰.

Dans le cadre de ce travail, nous avons été confrontées à la complexité de présenter et d'analyser les décisions rendues par toutes ces juridictions. D'un côté, il a été nécessaire de nous pencher sur un nombre significatif de décisions, et de l'autre, nous devions identifier les conceptions de l'*intérêt général* qui s'en dégagent et les techniques et méthodes d'interprétation utilisées en ce sens, lorsqu'elles existent. D'autres difficultés sont apparues, rendant notre analyse quelque peu herculéenne : 1) la confrontation d'un système français

un recours pour excès de pouvoir contre l'acte de concession alors même que la loi interdisait tout recours administratif ou judiciaire contre cet acte. Voir Gérard Timsit, *Gouverner ou juger. Les blasons de la légalité*, Paris, P.U.F., 1995, p. 91.

⁷⁶ Étant donné le grand nombre des décisions traitant de l'*intérêt général* en France, et ce dans tous les domaines, nous encadrerons notre analyse aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative, aux décisions rendues pour des affaires en Outre-mer, à celles traitant des limites explicitement applicables aux *droits d'usage collectifs* et aux récentes décisions du Conseil constitutionnel.

⁷⁷ William B. Henderson et Catherine Bell, « Droits des Autochtones au Canada » (11 décembre 2019), l'Encyclopédie Canadienne, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/droits-ancestraux> (consulté le 25 janvier 2020). Pour plus de précisions, voir notamment John Borrows et Leonard I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary*, 5^e éd., Ontario, Toronto, LexisNexis, 2018 (ci-après Borrows et Rotman), pp. 93 - 99.

⁷⁸ « [La Cour suprême] dispose d'un pouvoir de surveillance et de contrôle sur l'ensemble des juridictions. Qu'il s'agisse d'interpréter le droit fédéral ou le droit provincial, le droit privé, le droit administratif ou le droit constitutionnel, la Cour suprême du Canada cumule, conformément à une conception intégrée et unifiée du pouvoir judiciaire, l'ensemble des compétences interprétatives » : Patrick Taillon et Amélie Binette, *L'unité juridictionnelle et ses conséquences sur les modalités du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada*, Université d'Aix Marseille (ci-après Taillon et Binette), p. 89, en ligne : https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/121-taillon_binette.pdf (consulté le 15 février 2019).

⁷⁹ Les décisions de la Cour du Québec revêtent un intérêt certain dans notre démarche, néanmoins nous ne souhaitons nous intéresser qu'aux interprétations des cours supérieurs fixant l'état du droit.

⁸⁰ Taillon et Binette, *supra* note 78, p. 90.

civiliste⁸¹ à un système québécois naviguant entre deux traditions (civiliste et de *common law*⁸²), 2) l'étude conjointe d'un mode de justification tiré du droit constitutionnel et un autre relevant, principalement, du droit administratif, 3) l'absence de décisions relatives aux *droits d'usage collectifs* en France et de définition claire des actes les constatant, 4) l'illisibilité des normes applicables en Guyane, 5) la superposition de noms juridiques, de sources du pouvoir décisionnel ainsi que la diversité des réalités soumises au juge dans les deux ordres juridiques, 6) l'existence de différentes notions se rapprochant ou intégrant l'*intérêt général*, et à laquelle la doctrine et les juges se réfèrent d'une manière parfois contradictoire (*intérêt public, intérêt supérieur du public, intérêt général de la société, utilité publique, intérêt particulier, intérêt commun, bien-être, etc.*).

La présentation de notre démonstration se fera, en trois étapes. Dans le *Chapitre 1*, nous reviendrons sur le contexte historique de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne au Québec. Nous présenterons ensuite sa réception par le juge canadien dans la construction de son discours en matière de *droits ancestraux*, dans l'établissement du *test de justification* des atteintes aux *droits ancestraux* et dans la délimitation des *intérêts autochtones* et de l'*intérêt supérieur du public*. Nous verrons finalement le rôle et le contenu assigné à ce dernier par les juges suprêmes dans la justification des atteintes. Dans le *Chapitre 2*, nous reviendrons sur l'histoire de l'occupation française et sur son processus affirmatif de souveraineté en Guyane, en s'intéressant particulièrement au contexte institutionnel qui nous permettra d'intégrer l'articulation entre le droit outre marin et le droit métropolitain, de situer la place des *droits d'usage collectif* dans l'ordre juridique français et de circonscrire leur régime juridique. Par la suite, nous relèverons le rôle assigné à l'*intérêt général* dans le cadre du *contrôle de légalité* et du *contrôle de constitutionnalité* afin de présenter les décisions pertinentes mobilisant l'*intérêt général* et pouvant être applicables aux *droits d'usage*.

⁸¹ Sur l'histoire et les spécificités de la tradition civiliste, voir notamment Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity of Law*, 4^e éd, Oxford - New-york, O.U.P., 2010, pp. 133-175. L'auteur nous présente cette tradition comme étant associée à la domination : « The Romans dominated, then the national civilians dominated (so out went the chthonic way), then the world became a zone of influence of civil laws, as the colonization process occurred. », *id.*, p. 175.

⁸² Pour plus de précisions sur la tradition de *common law* voir *ibid.*, pp. 237-283. Par ailleurs, l'auteur voit un rapprochement entre les deux traditions : « The common law tradition is also present in many parts of the world, and that also came about largely through colonization. So we should probably, for this reason alone, start thinking about the common law and the civil law as representing some of the same ideas, compared with other traditions. », *ibid.*, p. 176.

collectifs. Finalement, dans le *Chapitre 3*, nous reviendrons, très brièvement, sur le rôle historique des notions *ancêtres* ou *connexes* de l'*intérêt général* à la période médiévale et au moment de la colonisation des Amériques afin d'en relever des similitudes avec le rôle contemporain de l'*intérêt général* dans le contexte de droits des peuples autochtones au Québec et en Guyane. Nous démontrerons finalement, dans une perspective comparative et par une étude des techniques d'interprétation et de rationalisation, que l'*intérêt général* tel que mobilisé aujourd'hui par les juridictions administratives et constitutionnelles au Canada, au Québec et en France, contribue conjointement à la dépossession territoriale des peuples autochtones au Québec et en Guyane, à des degrés différents, nonobstant la dissemblance des régimes et principes juridiques appliqués aux dispositifs étudiés.

Chapitre 1. L'intérêt général du public au Québec : une « épée légale » justifiant les atteintes aux droits ancestraux

Que nous soyons dans un système de *common law* ou de droit civil, la construction de concepts et principes juridiques est le résultat de l'articulation de mots et de phrases dans le cadre d'un processus discursif, lequel est fonction du contexte⁸³. Le champ couvert par les droits des peuples autochtones au Canada ne déroge pas à cette règle, il en est même entièrement dépendant. Il s'ensuit que, pour pouvoir circonscrire correctement l'interprétation que font les juges canadiens et québécois du concept d'*intérêt général du public* (ou *intérêt supérieur du public*), la première étape à suivre est de relever les conditions de production de leurs discours. Le contexte historique ayant amené à l'actuelle relation entre les peuples autochtones et la Couronne semble être la condition principale de production du discours en matière de *droits ancestraux*⁸⁴. Nous commencerons dès lors notre analyse, par une présentation non exhaustive du contexte historique de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne au Québec ainsi que les moyens juridiques mobilisés en ce sens⁸⁵. Cette première étape permettra de mettre en relief les indices observables par les juges dans la construction de leur « dire » relativement aux *droits ancestraux*. Par la suite, il sera question de présenter le mécanisme discursif des juges dans la réception de ces indices. Une fois ces éléments abordés dans la première partie, nous chercherons, dans la seconde, à mettre en lumière, le processus suivi par les juges dans l'établissement du *test de justification* des atteintes aux *droits ancestraux*, et à réunir plus de précisions sur ce que peut représenter l'*intérêt général du public* dans ce contexte.

⁸³ « [L]e discours c'est l'énoncé considéré du point de vue du mécanisme discursif qui le conditionne. » Louis Guespin, « 1. Problématique des travaux sur le discours politique », dans Louis Guespin, Jean-Baptiste Marcellesi, Denise Maldidier et Denis Slatka (dir.), « *Le discours politique* » (1971), 23 *Langages* 3, p. 10.

⁸⁴ La Cour considère que les « rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques ». *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1108.

⁸⁵ La présentation historique sur laquelle se fonde la présente analyse est composée, pour l'essentiel, de sources secondaires.

Partie 1. Une reconnaissance des *droits ancestraux* limitée par les concepts juridiques canadien et québécois

La Couronne britannique puis canadienne invoque la cession de la Nouvelle-France ainsi que plusieurs actes juridiques d'affirmation pour justifier sa souveraineté sur le Québec. Cette justification se base sur une conception désuète des rapports entre nations, sur une idéologie impérialiste et hégémonique, ayant jadis autorisé la colonisation et les horreurs qui l'ont accompagné. L'absurdité de cette situation continue pourtant à fonder tout le discours entourant les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones au Canada. Les droits des peuples autochtones se retrouvent sous le joug des conceptions juridiques canadiens et québécois, bien que les juges tentent très prudemment de s'en détacher. Dans une démarche critique, nous reviendrons d'une manière fragmentaire sur les actes juridiques principaux justifiant la souveraineté de la Couronne sur le territoire représentant l'actuel Québec et les rapports historiques entre cette dernière et les peuples autochtones (Section 1). Nous nous attacherons par la suite à présenter les limites de la reconnaissance des *droits ancestraux*, fondées sur ces rapports, dans les ordres juridiques canadien et québécois (Section 2).

Section 1. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire et la dépossession territoriale des peuples autochtones

L'ambiguité des rapports franco-autochtones ont sans doute permis à la France de jouer sur deux fronts. D'un côté, affirmer sa souveraineté sur un territoire non contrôlé face aux autres nations européennes, et de l'autre, développer son économie par le peuplement, les concessions et l'esclavage (1). À la suite de sa défaite militaire au XVIII^e siècle face à la Grande-Bretagne, la Couronne britannique s'approprie graduellement les territoires autochtones par le biais de différentes politiques, procédés et d'actes d'affirmation de souveraineté. Ils seront suivis dans les siècles suivant par une volonté d'assimilation des peuples autochtones. Le système de réserve et les différentes législations discriminatoires, répressives et assimilationnistes contribueront largement à l'isolement des Autochtones et à leur criminalisation (2). Dans ces circonstances, la volonté de les voir, par nécessité, demander le statut de citoyen et apporter leur force de travail dans l'économie moderne ne pouvait se réaliser. En revanche, la volonté de les déposséder de leurs terres, elle, ne pouvait que réussir. Regrouper les individus qui se considéraient libres de circuler sur la terre et

d'utiliser leurs ressources, est une alternative judicieuse pour garder le contrôle sur les territoires et les ouvrir à l'exploitation et au peuplement.

1. L'affirmation de la souveraineté française sur les territoires autochtones

Les mythes fondateurs et nationaux entourant les Amériques ont longtemps réduit la nature du rapport qu'entretenait la France avec les premiers peuples à de simples alliances. En mettant l'accent sur l'égalité des peuples autochtones et des acteurs européens, les études juridico-historiques ont mis dans l'ombre les ambitions impérialistes sous-jacentes à l'action française, « donn[ant] naissance à des images presque aussi stéréotypées que celles véhiculées autrefois dans les manuels scolaires au sujet des Autochtones »⁸⁶. Afin de connaître la nature réelle des relations entretenues par la France avec les peuples autochtones, il est recommandé aux juristes d'étudier scrupuleusement les commissions et lettres patentes relatives à la politique autochtone de la France au XVII^e siècle⁸⁷. Pour le cas du Québec, bien que leur analyse établisse que la France usait des notions de *Nations*⁸⁸ et de *Peuples*⁸⁹, sa politique d'alliance s'appliquait principalement à fonder une *colonie d'exploitation* de concert avec les commerçants⁹⁰. Il devient alors important de mettre en lumière les moyens juridiques par lesquels les rois de France ont affirmé successivement leur souveraineté sur un territoire que les Français peinaient pourtant à contrôler par leurs seuls moyens.

⁸⁶ Alain Beaulieu, « L'on n'a point d'ennemis plus grands que ces sauvages. L'alliance Franco-innue revisitée (1603-1653) » (2008) 61: 3-4 R.H.A.F. 365, p. 367.

⁸⁷ D'après les recommandations des commissaires René Dussault et Georges Erasmus. Voir René Dussault et Georges Erasmus, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996, 5 vol. (ci-après Dussault et Erasmus), cité dans Camil Girard et Carl Brisson, *Reconnaissance et exclusion des peuples autochtones au Québec. Du traité d'alliance de 1603 à nos jours Québec*, Québec, P.U.L., 2018 (ci-après Girard et Brisson), p. 29.

⁸⁸ Voir notamment Samuel de Champlain, *Des Sauvages*, 1603 (facsimilé 1978), copie de la John Carter Library, Brown University, Providence, introduction de Marcel Trudel, Montréal, Québec.

⁸⁹ Annexe 1603 : Commission du Roy 1603. *Commission du Roy au sieur de Monts, pour l'habitation des terres de la Cadie, Canada et autres endroits en la Nouvelle-France (8 novembre 1603)*. Dans Marc Lescarbot, *Histoire de la Nouvelle-France*, Toronto, The Champlain Society, vol. II, 1911, pp. 490-494 (ci-après *Commission royale du 8 novembre 1603*).

⁹⁰ Henri IV se serait inspiré des alliances entre les entrepreneurs privés et les peuples autochtones au Brésil et en Floride. Voir Camil Girard, Carl Brisson, *Nistassinan - Notre terre. Alliance et souveraineté partagée du peuple innu au Québec. Des premiers contacts à nos jours*, Québec, P.U.L., 2014 (ci-après Girard et Brisson, « Nistassinan »), pp. 9-10.

1.1. Les alliances franco-autochtones : une stratégie de conquête commerciale

Au début du XVII^e siècle, Henri IV arrête une politique dite d'*alliance* à l'égard des peuples autochtones. À cette époque, le roi reconnaissait leur indépendance dans la conclusion des traités⁹¹. Il savait qu'il ne pourrait asseoir son autorité et son influence dans les Amériques sans leur soutien. Parallèlement, à travers ses commissions et lettres patentes, il annonçait ses ambitions impérialistes en Nouvelle-France⁹². En réalité, les alliances ne revêtaient d'intérêt pour lui que dans la mesure où ils lui permettaient d'atteindre ses objectifs : le peuplement⁹³, la prise de possession des terres⁹⁴, l'utilisation du territoire et de ses ressources⁹⁵ ainsi que le développement du commerce⁹⁶.

La politique d'alliance ne dotera pourtant la France que d'un pouvoir très limité, s'exerçant seulement à l'endroit d'établissement de ses marchands, pêcheurs et représentants⁹⁷. Les peuples autochtones, pour qui « les alliances s'inscrivent dans une culture traditionnelle qui s'appuie sur des échanges et une diplomatie sans cesse renouvelée au fil du temps et selon les besoins », n'y voyaient pas un moyen de céder leurs terres ou de renoncer à leurs souverainetés⁹⁸. Ils avaient maintenu un ascendant sur leur immense territoire alors que les Européens peinaient à l'appréhender⁹⁹. Par leur « action limitée », les Français n'avaient en réalité pas pris possession de la terre¹⁰⁰. En revanche, puisqu'ils disposaient de flottes maritimes et d'un réseau d'échange international, ils contrôlaient l'exploitation des ressources naturelles¹⁰¹.

⁹¹ *Commission royale du 8 novembre 1603*, *supra* note 87.

⁹² René Dussault et Georges Erasmus parlent de « mélange paradoxal de prétentions impériales et de réalisme prudent [qui] se reflète non seulement dans les initiatives qu'ils prirent auprès des sociétés autochtones, mais aussi dans les documents officiels de l'époque. » : Dussault et Erasmus, *supra* note 87, v. 1, p. 152.

⁹³ Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 19; Girard et Brisson, « Nistassinan », *supra* note 90, p. 5.

⁹⁴ Girard et Brisson, « Nistassinan », *supra* note 90, p. 5.

⁹⁵ Il s'agissait des fourrures, des produits de la mer et des mines d'or, d'argent, de cuivre et d'autres métaux et minéraux. Voir *Commission royale du 8 novembre 1603*, *supra* note 89.

⁹⁶ Girard et Brisson, *supra* note 87, pp. 9-10 et 16-20.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 41.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰¹ *Ibid.*

1.2. *La gestion administrative du territoire : une politique d'affirmation de la souveraineté française*

Au cours des XVI^e et XVII^e siècles, la France maintient sa politique d'alliance tout en amorçant des politiques de peuplement, d'assimilation et de gestion du territoire¹⁰². Elle créa la première seigneurie en 1627¹⁰³ en faveur de la nouvelle Compagnie des Cents Associés, sans le consentement des peuples autochtones¹⁰⁴. En contrepartie du monopole de la traite des fourrures, la compagnie devait poser des gestes concrets en faveur du peuplement de la Nouvelle-France et de sa défense¹⁰⁵. À partir de cette date, plusieurs seigneuries seront concédées¹⁰⁶, notamment aux missions religieuses, mais elles ne représenteront globalement qu'une infime partie du territoire de l'Amérique sur laquelle la France affirmait sa souveraineté¹⁰⁷. Le peuplement est faible, les établissements de colons épars et les peuples autochtones souverains et continuant à pratiquer leur mode de vie traditionnel. Au côté des seigneuries, le roi avait mis sous sa responsabilité et protection un territoire englobant une vaste partie du nord-est de l'actuel Québec, le « Domaine du Roi » (1652). Il y permettait une gestion par des congés de traite¹⁰⁸. En son sein et en dehors, les marchands et colons français devaient observer les alliances avec les peuples autochtones. Une partie de ce domaine se superposait à la Terre dite de Rupert¹⁰⁹.

En 1663, Louis XIV promulgua l'Édit de Création du Conseil Souverain par lequel il affirme explicitement et unilatéralement sa souveraineté sur la colonie en l'intégrant formellement à la France¹¹⁰. Une décision qui permettra désormais d'unifier, autant que faire

¹⁰² Des politiques qui se sont précisées avec la *Commission royale du 8 novembre 1603* et les lettres patentes ultérieures. Voir *Commission royale du 8 novembre 1603*, *supra* note 89.

¹⁰³ Selon ce système, le roi, « possesseur » de la terre, accordait des concessions en seigneurie à des bénéficiaires par un acte de concession. Cet acte pose des conditions à respecter, à défaut de quoi, la possession est reprise par le roi. Pour plus de précisions, voir Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 48-63.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰⁵ Marie-Hélène Morot-Sir, « Le Canada français de A à Z : au temps de la Nouvelle France », Saint-Denis, Publibook, 2016 (ci-après Morot-Sir), p. 121.

¹⁰⁶ Environ 68 seigneuries ont été concédées à des « personnes importantes » entre 1627 et 1663, afin de recruter des colons et financer leur établissement. *Ibid.*, p. 123.

¹⁰⁷ Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 50.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 44.

¹⁰⁹ La Terre de Rupert représente aujourd'hui une partie de l'actuel territoire régi par la *Convention de la Baie James*. Pour plus d'informations sur la Terre de Rupert : Howard Robert Baker II, *Law Transplanted, Justice Invented: Sources of Law for the Hudson's Bay Company in Rupert's Land 1670 -1870*, Thèse, Faculté de droit et Départements d'histoire et de sociologie, Université du Manitoba, mai 1996, 166 p. (ci-après Baker II).

¹¹⁰ Il en fait une partie intégrante de la France et la dote d'un conseil souverain ayant le pouvoir d'exécuter les ordonnances royales. Morot-Sir, *supra* note 105, p. 127.

se peut, le système juridique applicable en colonie et d'accroître son peuplement¹¹¹. À partir de cette date, plusieurs tentatives d'installer les peuples autochtones à l'intérieur des seigneuries auront lieu, notamment à des fins de conversion et d'assimilation en raison de la place occupée par les missions dans la colonie¹¹². En grande partie, les peuples qui s'y établissaient pratiquaient déjà l'agriculture avant l'arrivée des colons¹¹³ ou étaient réduits en esclavage¹¹⁴. Ajoutons aussi qu'à compter de 1702, les autorités françaises mettaient déjà en place un système de concessions d'exploitation des ressources¹¹⁵. Il s'agissait là d'un nouveau système de gestion du territoire de l'actuelle Côte-Nord au Québec. Contrairement aux seigneuries, ce dispositif ne permettait l'attribution de titres que sur les installations construites par les concessionnaires¹¹⁶.

1.3. *L'ambigüité des rapports franco-autochtones : un moyen d'affirmation de la souveraineté française*

À travers les pratiques coloniales présentées ci-haut, la France laissait croire aux peuples autochtones qu'elle reconnaissait et respectait leurs droits¹¹⁷, y compris leur droit de contrôler l'accès au territoire¹¹⁸. Les conceptions des Autochtones du territoire, de l'autorité et de l'organisation politique étant très différentes de celles des Européens, ils ont vraisemblablement intégré cette réalité. D'un côté, la conception occidentale de propriété qui prévalait à l'époque et qui permettait l'exercice simultané de plusieurs droits sur un seul bien

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 127-128.

¹¹² Michel Morin, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVIe et XVIIIe siècle » (2010) 12 : 1 R.G.D.I.P. 1, pp. 40-44; Michel Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997, 336 p.

¹¹³ André Lajoie, « Synthèse introductory », dans André Lajoie, Jean-Maurice Brisson, Sylvio Normand et Alain Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yves Blais, Montréal, 1996 (ci-après Lajoie), p. 40.

¹¹⁴ Depuis le début du régime français, l'esclavage est pratiqué dans la colonie pour faire face à la pénurie d'employés et d'artisans. La pratique était encadrée par l'Église et a concerné les peuples autochtones qui représentaient plus des deux tiers des « esclaves ». Voir Marcel Trudel, *Deux siècles d'esclavage au Québec*, Montréal, Hurtubise HMH, 2004, 405 p.; Bonita Lawrence, « Esclavage des Autochtones au Canada » (8 mai 2020), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/slavery-of-indigenous-people-in-canada> (consulté le 1er juin 2020).

¹¹⁵ Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 57.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 57-58.

¹¹⁷ Lajoie, *supra* note 113, p. 33.

¹¹⁸ L'accès des français au territoire devait être expressément permis par les peuples autochtones « sauf à soulever des protestations des premiers occupants » : *ibid.*, p. 32.

foncier sans qu'il y ait « appropriation du sol »¹¹⁹, ne contrevenait pas aux visions des peuples autochtones et ne pouvait de ce fait faire surgir chez eux une grande révolte¹²⁰. Nous pouvons lire en 1748 de la part du gouverneur La Galissonnière et de l'intendant François Bigot : « ces Indiens se disent et sont un peuple indépendant de toutes les nations, et [qu']il est incontestable que les territoires qu'ils habitent leur appartiennent. »¹²¹ De l'autre, les différents traités conclus avec les nations autochtones ne font aucune mention de cession de territoire ou de transfert de souveraineté¹²². Pourtant, le roi s'appliquait à édicter des actes affirmant sa souveraineté sur le territoire.

Les Français ne semblent pas avoir amené les peuples autochtones à se sentir menacés par leur présence¹²³ qu'elle se soit matérialisée par l'établissement de postes de traite, par la fortification de quelques petits villages ou par le développement d'une agriculture limitée¹²⁴. De surcroît, l'assujettissement des peuples autochtones au droit français fut très limité en pratique, y compris au droit criminel¹²⁵. Finalement, les actes d'appropriation, de gestion du territoire ou d'affirmation de la souveraineté française furent le plus souvent assortis d'explications douteuses¹²⁶. Pour reprendre une conclusion d'André Lajoie : « [...] les Français ont cohabité avec leurs alliés autochtones dans l'ambiguïté, sans acquérir la

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 32 et 33.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Cornelius J. Jaenen, « Relations entre les Autochtones et les Français » (17 août 2015), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/relations-entre-les-autochtones-et-francais> (consulté le 30 juin 2020).

¹²² Lajoie, *supra* note 113, p. 35.

¹²³ La Cour suprême a reconnu le fait que jusqu'en 1760, les établissements français se limitaient à la vallée du Saint-Laurent. Elle a avancé aussi la thèse des historiens selon lesquelles les Français avaient « choisi de ne pas empiéter davantage sur les terres traditionnelles des peuples autochtones entourant la vallée. Par exemple, dans l'ouest de la Nouvelle-France, les seigneuries françaises n'allaien pas plus loin que Long-Sault, cessant bien avant la limite orientale imprécise des terres ancestrales des Algonquins. Les Français avaient évidemment une bonne raison de ne pas empiéter sur ces terres, puisqu'ils étaient entourés par des forces plus nombreuses et potentiellement hostiles dans la vallée. » *Côté, supra* note 15, par. 47.

¹²⁴ Les peuples autochtones attribuaient aux gestes d'appropriation ou d'occupation et aux actes juridiques une interprétation différente de celle des juristes français. Leurs ordres juridiques et politiques s'éloignaient de ceux venant de civilisations européennes. Voir notamment André Lajoie et Pierre Verville, « Les traités d'alliance entre les français et les Premières Nations sous le régime français », dans André Lajoie, Jean-Maurice Brisson, Sylvio Normand et Alain Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvons Blais, Montréal, 1996, pp. 143-217.

¹²⁵ Les autorités françaises n'imposèrent qu'exceptionnellement les peuples autochtones à leur justice pénale. Lajoie, *supra* note 113, pp. 33-34; André Cellard et Société historique du Canada, *Punir, enfermer et réformer au Canada, de la Nouvelle-France à nos jours*, Ottawa, Société historique du Canada, 2000, p. 4.

¹²⁶ Lajoie, *supra* note 113, pp. 37-42.

propriété exclusive du territoire, ni assujettir d'autre population que, peut-être, certains individus envillagés »¹²⁷.

2. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique sur les territoires autochtones

À la suite de la *guerre de Sept Ans*, la Nouvelle-France fut cédée à la Couronne britannique¹²⁸, laquelle héritera du système français de gestion et de propriété du territoire et de l'état des relations avec les peuples autochtones¹²⁹. La politique britannique visait initialement à préserver cette alliance profitable. Elle cherchait également à établir des *sujets* britanniques dans sa nouvelle colonie et à prendre une possession effective des terres et de ses ressources. L'arrivée massive de nouveaux colons transformera la nature des relations avec les peuples autochtones. Avec l'établissement des colons, de plus en plus nombreux, sur le territoire du Canada actuel, la Couronne mettra en place, au cours du XIX^e siècle, des politiques d'assimilation, d'assujettissement, de destruction et de dépossession territoriale des peuples autochtones¹³⁰. Ces politiques sont la source d'une grande partie du droit en vigueur aujourd'hui au Canada et au Québec. Elles fondent encore les motifs des décisions de justice en matière de *droits ancestraux*.

2.1. La période pré-confédérative : des politiques adaptatives d'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique

À la suite de la cession de la Nouvelle-France, la Couronne britannique s'empressa d'adopter la *Proclamation royale de 1763*¹³¹. Celle-ci établissait les frontières de la *Province of Quebec* et énonçait les bases de son système d'administration¹³². Elle accordait le pouvoir au gouverneur de concéder des terres aux colons, et réservait aux peuples autochtones, un

¹²⁷ *Ibid.*, p. 36.

¹²⁸ Juridiquement, la défaite française a été officialisée d'abord dans les Articles des capitulations de Québec et de Montréal, puis dans le Traité de Paris en 1763.

¹²⁹ James R. Miller, « Relations entre les Autochtones et les Britanniques avant la Confédération » (26 mai 2015), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/relations-entre-les-autochtones-et-les-blancs> (consulté le 30 juin 2020) (ci-après Miller).

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), annexe II, n° 1.

¹³² Des instructions royales viendront la compléter plus tard pour soutenir la mise en œuvre de « l'armature constitutionnelle » de la colonie. Leonard Woods Labaree, *Royal Government in America. A Study of the British Colonial System before 1783*, New York, Frederick Ungar Publishing Co, 1958, p. 19.

grand territoire dans la *Province* et en dehors de celle-ci¹³³, leur garantissant une « possession entière et paisible » de ce territoire¹³⁴. Cette garantie se limitait cependant aux zones géographiques qui y étaient définies. En clair, il s'agissait d'espaces utilisés à des fins de traite et non occupés par les colons. Par conséquent, bien que la *Proclamation royale de 1763* ait permis de maintenir des alliances, elle a aussi permis à la Couronne de justifier son contrôle exclusif sur le territoire¹³⁵.

En 1774, l'*Acte de Québec*¹³⁶ est adopté par le Parlement impérial¹³⁷. Il redéfinit les frontières de la *Province* en y annexant le *Territoire indien*¹³⁸ sans qu'aucune cession ou vente n'ait été consentie et sans que la procédure d'achat des terres réservées applicable n'ait été abrogée. L'*Acte de Québec de 1774* pose ainsi « un premier jalon dans la disparition des territoires autochtones en tant qu'entités spatiales reconnues. »¹³⁹. Quelques années plus tard, est adopté l'*Acte constitutionnel de 1791*¹⁴⁰. Il divise la Province en deux entités, le Haut-Canada et le Bas-Canada¹⁴¹, et confère à chacune d'elles des institutions politiques propres. Bien que la Couronne impériale demeure responsable des relations avec les peuples autochtones, cet acte a eu des conséquences importantes sur le mode de vie et les droits territoriaux des peuples autochtones. Le territoire et l'administration coloniale sont désormais divisés entre deux nouvelles législatures, disposant chacune d'un système juridique et d'un cadre politique propre. Devant la diminution de leur influence militaire et économique, les peuples autochtones assistent à l'adoption et à la mise en œuvre de politiques assimilationnistes et répressives à leur encontre¹⁴², à l'attribution croissante de terres aux

¹³³ Les terres réservées ne pouvaient être achetées que par la Couronne à la suite d'une assemblée publique des nations autochtones. Ceci étant dit, les colons étaient autorisés à y pratiquer la traite, sous certaines conditions.

¹³⁴ *Proclamation royale de 1763*, *supra* note 131.

¹³⁵ « [I]l 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 ». » Ghislain Otis, « L'évolution constitutionnelle de la relation entre le Québec et les peuples autochtones : le défi de l'interdépendance » (2005), 23 : 3 *Cités* 71 (ci-après Otis, « L'évolution »), p. 73.

¹³⁶ *Acte de Québec de 1774*, L.R.C. (1985), annexe II, n° 2.

¹³⁷ Il modifie notamment la gouvernance de la Province et introduit de nouveau les lois civiles françaises.

¹³⁸ Territoire créé par la *Proclamation royale de 1773*.

¹³⁹ Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 77.

¹⁴⁰ *Acte constitutionnel de 1791*, L.R.C. (1985), annexe II, n° 3.

¹⁴¹ L'*Acte constitutionnel de 1791* ne précise pas lui-même les limites communes du Québec et de l'Ontario. C'est un arrêté en conseil adopté le 19 août 1791 qui les fixe : *Arrêté du Conseil privé divisant la province de Québec en provinces du Haut-Canada et du Bas-Canada du 19 août 1791*.

¹⁴² Après 1812 et surtout après les années 1820 les gouvernements cherchent à déterminer un nouveau rôle aux autochtones qui occupent des territoires ouverts à l'immigration et à l'industrie. Pour plus de précisions, voir notamment Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 89-92.

colons et aux industries¹⁴³, à l'augmentation des postes de traites¹⁴⁴ et à la surexploitation des ressources naturelles¹⁴⁵.

À partir de 1828, des commissions et rapports d'enquêtes successifs sur les peuples autochtones seront réalisés¹⁴⁶. Par leur biais, on cherchait « à former un discours, une idéologie autour d'une nation en devenir, nation qui en vient à exclure les peuples autochtones de cette nouvelle fondation » et « [à] justifier une politique qui se discute et se prépare au plus haut niveau. »¹⁴⁷. À en tenir aux penseurs et dirigeants de l'époque, les peuples autochtones doivent être assimilés, civilisés, pour leur bien-être et surtout pour celui de la « société dominante »¹⁴⁸. La politique qui sera adoptée est on ne peut plus claire :

If the Indians are only to be Indians, they must retire to the Forest; but if they are to continue in the Midst of our Establishments, they must become a part of our Civilization instead of interrupting its progress...¹⁴⁹

– Earl of Gosford to Lord Glenelg

À la suite de cette politique, l'Empire ajoute celle d'un nouvel avenir pour ses colonies de l'Amérique du nord¹⁵⁰. Le Parlement impérial adopte l'*Acte d'Union de 1840*¹⁵¹ qui unit le Haut-Canada et le Bas-Canada en une seule entité, la *Province du Canada*. Le Canada est

¹⁴³ L'avancement et l'intensification de l'industrie forestière dans le Bas-Canada accélère leur dépossession territoriale. Le blocus de Napoléon (1806-1814) a fait avancer l'industrie du bois au Québec (les britanniques se sont retournés vers les bois du Bas-Canada avec un tarif préférentiel). Craig Brown (dir.), *Histoire générale du Canada*, Montréal, Boréal, Édition française dirigée par Paul-André Linteau, 1990, pp. 242-243.

¹⁴⁴ Les postes de traites se sont multipliés sur tout le territoire de l'actuel Québec jusqu'au début du XIX^e siècle. Voir notamment Denys Delâge, « La traite des pelleteries aux XVII^e et XVIII^e siècles » (2016), 70 *Les Cahiers des dix* 343, pp. 343-389.

¹⁴⁵ Pour le cas de la traite dans tout le Canada, J. Daschuk parle de « cupidité des traiteurs qui alimente ce trappage effréné. » James Daschuk, *La destruction des Indiens des Plaines. Maladies, famines organisées, disparition du mode de vie autochtone*, Québec, P.U.L., 2017, p. 106.

¹⁴⁶ Voir Normand Rousseau, *L'Histoire criminelle des Anglo-Saxons*, St-Zénon, Québec Louise Couteau, 2008, 414 p.

¹⁴⁷ Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 88.

¹⁴⁸ Camil Girard et Jessica Thibeault, *Rapports sur les questions autochtones. Canada 1828-1870*, vol. 1 : 84 *Copies or Extracts*, 1839, Chicoutimi, A.R.U.C., H.R.G.-Université du Québec à Chicoutimi, p. 37; Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 97.

¹⁴⁹ Cité sans traduction dans : *Ibid.*

¹⁵⁰ Face au mépris du pouvoir en place et aux différentes crises qui ont traversé le Bas-Canada, des soulèvements contre la Couronne britannique ont eu lieu entre 1837 et 1838 connues sous le nom de « la rébellion des Patriotes ». Ces soulèvements seront étouffés par l'armée et précipiteront vraisemblablement la refonte du système. Phillip A. Buckner, « Rébellion du Haut-Canada » (04 octobre 2019), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/rebellion-du-haut-canada> (consulté le 30 mai 2020).

¹⁵¹ *Acte d'Union de 1840*, L.R.C. 1985, annexe II, n°4.

désormais pourvu d'un seul Parlement, mais reste soumis à deux régimes juridiques distincts¹⁵².

Jusqu'alors, le régime français d'administration du Domaine du Roi fut maintenu¹⁵³. Avec l'entrée en vigueur de l'*Acte d'Union*, ce régime est aboli dans le but d'offrir des terres à des propriétaires privés et à des concessionnaires. Une décision qui s'accorde avec l'augmentation du nombre de colons – anglophones pour la plupart – et le développement de l'économie coloniale, mais qui modifiera d'une manière radicale la nature des rapports des colons avec les peuples autochtones¹⁵⁴. Ni les autorités coloniales ni les autorités impériales ne percevront plus de justifications au maintien des anciennes alliances. Ils considéreront, plutôt, l'usage du territoire par les peuples autochtones comme « un obstacle au développement économique »¹⁵⁵.

À la suite de l'*Acte d'Union de 1840*, les Innus – dont une partie des territoires traditionnels étaient visés par le Domaine du Roy –, ont exprimé fermement leur opposition à la cession de leurs terres ancestrales notamment au Saguenay et au Lac Saint-Jean¹⁵⁶. Ils ont déposé, en 1851, un protêt dans lequel ils réitèrent « ce que tous les autochtones des deux Amériques ont toujours déclaré aux européens »¹⁵⁷ :

[...] les dites terres sont la propriété des dits Sauvages montagnais depuis un temps immémorial que de tous temps le territoire sur lequel se trouvent situées ces terres a été leur propriété & en leur possession, leur servant de résidence & comme terrains de chasse seul moyen d'existence pour eux & leurs familles ; que le gouvernement ne peut sans être en contravention à toutes lois existantes, vendre leurs terres

¹⁵² Les deux colonies sont renommées: Canada-Ouest pour le Haut-Canada et Canada-Est pour le bas-Canada. Lire notamment Henri Brun, « Le territoire du Québec : à la jonction de l'histoire et du droit constitutionnel » (1992), 33 : 3 *Les Cahiers de droit* 665, pp. 665–961.

¹⁵³ Avant 1840, le peuplement au sein de ce domaine était proscrit, sauf pour les colons qui travaillaient dans la traite ou bénéficiaient de seigneuries. Girard et Brisson, « Nistassinan », *supra* note 90, p. 89.

¹⁵⁴ Les mesures économiques libérales décidées par Londres et par le parlement de la Province à partir de 1840 - au bénéfice des industries extractives, forestières et de pêche ainsi que des compagnies financières – vont contribuer à un essor économique important de la Province. L'ingérence des industriels et entrepreneurs dans la politique canadienne, fera même que le peuplement sur certains territoires sera retardé afin de « dépouiller » le territoire de ses ressources. Guy Gaudreau, « Le rapport agriculture-Forêt au Québec : note historiographique » (1 juin 1979), 33 :1 R.H.A.F. 67, p. 71 citant notamment Esdras Minville, « La colonisation » (1942), 18 : 2 *Actualité économique* 123, p. 139.

¹⁵⁵ Miller, *supra* note 127.

¹⁵⁶ Initialement, ils avaient envoyé des pétitions aux gouvernements provincial et londonien avant d'entamer des négociations politiques. Leurs demandes n'ayant pas été entendues, ils recoururent à la voie juridique. Girard et Brisson, « Nistassinan », *supra* note 90, p. 92.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 93.

sans avoir transigé préalablement avec eux pour leurs droits de possession & de propriété.¹⁵⁸ [Nous soulignons.]

Les années 1850 vont marquer l'histoire autochtone par la mise en œuvre de politiques assimilationnistes mûrement réfléchies depuis le Rapport Darling (1828), le Rapport Durham (1839) et le Rapport Bigot (1844-1845)¹⁵⁹. Avec la promulgation de *l'Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*¹⁶⁰ en 1851, la municipalisation de la Province en 1854 et la levée des systèmes de seigneuries¹⁶¹, le confinement de la présence autochtone dans des réserves sera désormais accompli¹⁶². Entre 1853 et 1906, sont créées les premières réserves au Québec, amenant à une rupture douloureuse entre les peuples autochtones et leurs territoires ancestraux¹⁶³. Cette situation touche largement les régions dites éloignées, affectées en nouvelles zones d'extraction et d'exploitation intensives des ressources naturelles¹⁶⁴.

2.2. La période post-confédérative : méconnaissance des droits fondamentaux et usurpation des droits territoriaux des peuples autochtones

À partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle, le cadre politique s'établit progressivement avec l'adoption d'une série de lois et de mesures discriminatoires à

¹⁵⁸ Camil Girard, « Un document inédit sur les droits territoriaux. Le protêt logé par les Innus du comté Saguenay en 1851 » (janvier-mars 2003), Saguenay, 45 : 1 *Saguenayensia* 35, pp. 35-42. Les termes de « propriété » et « possession », bien qu'ils soient, en réalité, loin de la conception foncière autochtone, permettrait d'après Girard et Brisson d'« exclu[re] toute référence à un droit d'usage seul pour y inclure un titre » : Girard et Brisson, « Nistassinan », *supra* note 90, pp. 92 -94.

¹⁵⁹ Pour seulement une lecture pratique des extraits des rapports : Michel Lavoie et Denis Vaugeois, *L'impasse Amérindienne. Trois commissions d'enquête à l'origine d'une politique de tutelle et d'assimilation, 1828-1858*, Québec, Septentrion, 2010, 498 p.

¹⁶⁰ *Loi 14-15 Victoria*, chapitre 106 (*Statuts du Canada*). Cette loi autorisait la réservation des terres dans le bas-canada. Entre 1853 et 1906, 14 nouvelles réserves ont été créées au Québec : Wemotaci (1853), Kitigan Zibi (1853), Temiscaming (1853), Listuguj (1853), Betsiamites (1853), Mashteuiatsh (1853), Akwesasne (1888), Eissipit (1892), Uashat (1906), Manawan (1906). Avec l'adoption de la *Loi des terres et forêts* en 1941 par le gouvernement québécois plusieurs réserves seront créées notamment au Nord du Québec et dans la région de la Baie-James. Pour une étude sur les réserves, lire notamment : Alain Beaulieu, « La création des réserves indiennes au Québec » (2013), dans Alain Beaulieu, Stephan Gervais et Martin Papillon, *Les Autochtones et le Québec. Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, P.U.M, pp. 135-149 (ci-après Beaulieu).

¹⁶¹ Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 120.

¹⁶² Girard et Brisson, « Nistassinan », *supra* note 90, p. 89.

¹⁶³ Ces réserves se divisent en deux catégories, selon leur origine historique. La première catégorie regroupe les anciens villages autochtones créés sous le régime français (concession seigneuriale) à l'instar de Wendake. La seconde se compose de réserves situées dans les nouvelles régions d'exploitation intensive de la forêt. Les peuples autochtones les plus touchés sont les Innus, Anishnabee et Atikamekw. Voir notamment Beaulieu, *supra* note 160.

¹⁶⁴ Girard et Brisson, « Nistassinan », *supra* note 90, p. 97.

l'encontre des peuples autochtones. Le *dominion du Canada*¹⁶⁵ se construit et avec lui les assises du partage de pouvoirs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales¹⁶⁶. Les limites géographiques des provinces se dessinent. Le Québec – qui correspond au territoire du Bas-Canada en 1840 – devient une province, soit une entité fédérée, par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* (« *Loi constitutionnelle de 1867* »)¹⁶⁷.

Depuis 1867, les « *Indiens et les terres réservées pour les Indiens* » relèvent de la compétence fédérale, alors que leurs terres ancestrales - intégrées à ce qu'il est appelé le domaine public – tombent, sous réserve des charges qui les grèvent, sous propriété provinciale¹⁶⁸. Cela signifie, par exemple, que pour créer une nouvelle réserve, le gouvernement fédéral doit obtenir l'autorisation du Québec qui est désormais propriétaire des terres publiques¹⁶⁹. Les Autochtones sont par ailleurs sous la tutelle du gouvernement fédéral, qui décide seul des éléments d'identification de l'*indien*, des droits et obligations liés à son statut et des limites géographiques d'habitation¹⁷⁰. Cela n'est pas sans conséquences pour les peuples autochtones. Outre les désastres socio-culturels, ils subissent une dépossession territoriale légalisée¹⁷¹, facilitée par le flou juridique entourant leurs droits et le caractère hermétique de la nouvelle structure fédérative¹⁷². Ce mouvement se poursuivra avec l'*Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*¹⁷³ (« *Loi sur les Indiens* ») promulgué en 1876.

La *Loi sur les Indiens* a pour objectif l'émancipation des autochtones en « citoyens méritants »¹⁷⁴. Elle accentue leur mise en tutelle, détruit leurs structures politiques et sociales

¹⁶⁵ Le « Dominion » du Canada a été initialement formé par l'union de trois colonies britanniques en 1867 : le Canada-Uni (composé, aujourd'hui, de l'Ontario et du Québec), la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

¹⁶⁶ Girard et Brisson, *supra* note 87, pp. 126 et 127.

¹⁶⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, annexe II, n° 5. Elle instaure formellement le partage des compétences législatives entre le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral.

¹⁶⁸ Le Québec a pleine autorité en matière de propriété, d'exploitation et de gestion des ressources naturelles, il dispose aussi, sauf exception, de la propriété publique : *ibid.*, para. 92 (5), (13), (16) 92A et art. 109.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*, para. 91 (24).

¹⁷¹ « Ces autochtones deviennent, au fur et à mesure que des terres sont allouées à des entrepreneurs en vue d'exploiter des ressources naturelles, des personnes sans terre, sans droits particuliers. » Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 128.

¹⁷² En effet la *loi constitutionnelle de 1867* a laissé nombre de questions en suspens. Voir *ibid.*, pp. 129-130.

¹⁷³ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

¹⁷⁴ Thierry Rodon, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, Québec, P.U.Q., coll. « *politeia* », n°10, 2019, p. 39.

et limite leur déplacement¹⁷⁵. « [E]lle ignore totalement les alliances et les traités conclus avant la Confédération »¹⁷⁶ et réprime toute possibilité de revendication¹⁷⁷. Avec cette loi, le gouvernement poursuit l’usurpation du *Territoire indien* en créant des réserves fédérales¹⁷⁸ et en différenciant les Autochtones selon des catégories distinctes¹⁷⁹. En parlant de *Sauvages sans traités*, le législateur canadien nous démontre que, en 1876, il reconnaissait que les Autochtones poursuivaient leur mode de vie traditionnel¹⁸⁰. Cette loi est toujours en vigueur aujourd’hui et régit amplement la vie et les droits territoriaux de la majorité des peuples autochtones au Canada.

À la suite de la genèse de l’Union fédérale de 1867, le territoire du Canada et du Québec s’agrandiront, principalement par l’annexion de territoires. Ainsi, la terre de Rupert fut cédée au Canada en 1870 pour ensuite voir sa partie sud rattachée au Québec en 1898¹⁸¹, et sa partie nord en 1912¹⁸². Dans les deux cas, les peuples autochtones qui y vivaient continuaient « à vivre librement sur leurs territoires traditionnels, mais ils [seront] désormais rattachés à la province du Québec. »¹⁸³ À côté de ces élargissements, la municipalisation du Québec poursuit son développement. Celle-ci se cantonnait largement aux limites de la Province datant de 1763¹⁸⁴. Mais au début du XX^e siècle, avec l’expansion de l’exploitation forestière et minière, la colonisation des terres autochtones dans les régions de l’Abitibi, de la Mauricie, de la Côte Nord et au Nouveau-Québec s’est ouverte, et celle du Saguenay-Lac-Saint-Jean s’est achevée. La création des réserves aussi se poursuit en vertu de la *Loi concernant les terres réservées aux sauvages* de 1922¹⁸⁵. Fait important : à partir de 1927,

¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 38 et 40.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 40.

¹⁷⁷ En 1927, le gouvernement fédéral met en œuvre l’interdiction pour les peuples autochtones de recourir à des fonds aux fins de revendications et de respect de leurs droits et de recours à des conseillers juridiques (avocats). Voir *ibid.*

¹⁷⁸ Girard et Brisson, *supra* note 87, pp. 133 et suiv.

¹⁷⁹ En bande régulière ou irrégulière par exemple. Ces notions disparaîtront avec la modification de la *Loi sur les indiens* en 1951 : *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, c. 29.

¹⁸⁰ Par la définition des *Sauvages sans traités*. Au sens du gouvernement, les *Sauvages sans traités* vivaient soit à la mode des Sauvages ou appartenaient à une bande irrégulière.

¹⁸¹ En 1898, le gouvernement du Canada cède à la province une partie du *territoire indien* décrit dans la *Proclamation royale* ainsi qu’une partie du territoire de la compagnie de la Baie d’Hudson. Voir Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 142.

¹⁸² *Ibid.*, p. 144.

¹⁸³ *Ibid.*, pp. 142 -144.

¹⁸⁴ Car elles représentaient « les meilleures terres utiles à l’agriculture » : *ibid.*, p. 147.

¹⁸⁵ *Loi concernant les terres réservées aux sauvages*, c. 37; repris dans la *Loi sur les terres et forêts*, c. 92, aux articles 65 à 67.

toute revendication juridique présentée par un autochtone devait être autorisée par le gouvernement¹⁸⁶. Autant dire, qu'avec de telles dispositions, il était impossible pour les Autochtones de se faire entendre par la voie judiciaire et de défendre leurs droits fondamentaux et territoriaux devant les tribunaux étatiques. Une fois les limites du Québec fixées de concert avec le Parlement fédéral et les revendications autochtones étouffées, le gouvernement du Québec a libre court, à partir des années 1930, pour entreprendre la mise en valeur et la municipalisation des territoires autochtones riches en ressources forestières et minières¹⁸⁷. Jusqu'en 1930, on parlait de Département de la Colonisation, des Mines et des Pêcherie, lequel fait place, en 1961, au ministère des Richesses naturelles¹⁸⁸.

Quatre régions administratives concernées par le *Plan Nord* nous intéresseront plus particulièrement : l'Abitibi-Témiscamingue¹⁸⁹, le Saguenay-Lac-Saint-Jean, la Côte-nord et le Nord-du-Québec. La majorité de ces territoires étaient, durant la période post confédérative, en dehors des limites de la Province du Québec et sans que l'autorité canadienne ne s'y s'exerce pleinement. Une fois ces territoires devenus « québécois » par force de loi, elles ont été, surtout en ce qu'il concerne l'Abitibi et le Saguenay, fortement municipalisés et greffées de nouvelles réserves. La sédentarisation des peuples autochtones qui étaient libres suit ce mouvement et s'intensifie avec la modification de la *Loi sur les indiens* de 1951¹⁹⁰. Les territoires de la Côte-nord et du Nord-du-Québec voient par de leur côté, l'expansion de projets hydro-électriques. Parallèlement, le gouvernement fédéral poursuit en ce XX^e siècle son plan oppressif de destruction des peuples autochtones, notamment par le biais des pensionnats et de l'extinction définitive et unilatérale des droits territoriaux¹⁹¹. Devant les conditions matérielles déplorables des peuples autochtones à

¹⁸⁶ *Loi modifiant la Loi sur les Sauvages*, S.C. 1927, c. 32, art. 6.

¹⁸⁷ Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 150.

¹⁸⁸ Bibliothèque de l'Assemblée Nationale (Québec), « Les ministères québécois depuis 1867 », Ressources naturelles, en ligne : <http://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/guides/fr/les-ministères-quebecois-depuis-1867/307-ressources-naturelles> (consulté le 15 mai 2020).

¹⁸⁹ Celle qui a connu la municipalisation la plus accrue. Girard et Brisson, *supra* note 87, p. 150.

¹⁹⁰ Les notions de *bande irrégulière*, *d'indiens sans statut* ou *sans traité* n'apparaît plus. En supprimant ces termes, la loi confine le statut autochtone au seul cadre des réserves et du statut d'Indien C. Girard et C. Brisson, *supra* note 87, p. 150.

¹⁹¹ Lire la brève présentation du contexte des années 1960 : Niigaanwewidam James Sinclair et Naithan Lagace, « Livre blanc de 1969 » (24 septembre 2015), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/livre-blanc-de-1969> (consulté le 5 mai 2020) (ci-après Sinclair et Lagace).

travers le Canada, désormais documentées dans un rapport remis au gouvernement fédéral et à sa demande, celui-ci proposera un changement de politique qui prendra d'abord la forme d'une politique de négation des droits, et ensuite la forme d'une politique de reconnaissance¹⁹².

2.3. *La période contemporaine : le débat sur les droits ancestraux au Canada*

Le débat relatif aux *droits ancestraux* a pris place en droit constitutionnel canadien à partir des années 1960-1970, lorsque, parallèlement à sa volonté de réaliser une réforme constitutionnelle¹⁹³, le gouvernement fédéral a présenté le livre blanc de 1969¹⁹⁴. Considéré comme une « grande offense »¹⁹⁵ et une « tentative finale d'assimiler les peuples autochtones à la population canadienne »¹⁹⁶, le livre blanc a suscité de vives réactions ayant conduit le gouvernement fédéral à revoir sa position¹⁹⁷ et les juges à rebâtir le droit des peuples autochtones¹⁹⁸. C'est ainsi qu'en 1973, la Cour suprême rendit l'arrêt *Calder*¹⁹⁹ dans lequel elle reconnaît pour la première fois des droits territoriaux autochtones dont l'existence découlerait de l'occupation antérieure du territoire et non pas de la seule discrétion de la Couronne²⁰⁰. La même année, le juge Albert Malouf de la Cour supérieure du Québec reconnaît des droits territoriaux aux Cris et aux Inuits sur l'ancienne Terre de Rupert et émit une injonction ordonnant la suspension des travaux sur les chantiers hydroélectriques de la Baie-James²⁰¹. Les effets de cette injonction seront suspendus quelques jours plus tard par la Cour d'appel de Québec pour des fins « d'intérêt public et général du peuple du Québec qui s'oppose à l'intérêt d'environ deux mille de ses habitants »²⁰². En 1973, fut également

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Les peuples autochtones étaient exclus de ces discussions. Pour une mise en contexte détaillée, lire notamment : *Borrows et Rotman, supra note 77*, pp. 96-98.

¹⁹⁴ Il visait notamment la suppression du statut d'*Indien* et la conversion des terres de réserves en propriétés privées. Parmi les objectifs annoncés : l'amélioration du sort des autochtones, le désengagement face aux responsabilités gouvernementales envers eux et leur assimilation à la société canadienne. *Sinclair et Lagace, supra note 191*.

¹⁹⁵ *Borrows et Rotman, supra note 77*, p. 96.

¹⁹⁶ *Sinclair et Lagace, supra note 191*.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 328; *Guerin c. La Reine* [1984] 2 R.C.S. 335 (ci-après *Guerin*), p. 376-378; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340; *Delgamuukw, supra note 14*, para. 114; *Van der Peet, supra note 12*, para. 33; *Ushaunnuat, supra note 12*, para. 29.

²⁰¹ Albert Malouf, *La Baie James indienne. Texte intégral du jugement du juge Albert Malouf. Présentation de André Gagnon*, Montréal, Les Éditions du Jour, 1973.

²⁰² *Jugement de la Cour d'appel du Québec du 22 novembre 1973*, cité dans *Ibid.*

adoptée la politique fédérale sur le règlement des revendications territoriales²⁰³. Le premier accord conclu dans le cadre de cette politique fut la *Convention de la Baie-James et du Nord du Québec*²⁰⁴ en 1975. Cette convention a éteint les *droits ancestraux* des Cris, mais aussi ceux des autres Nations non-signataires qui ont pourtant des droits dans l'ancienne Terre de Rupert. Dénonçant l'« expropriation unilatérale subie lors de la signature de la Convention », les Nations Innue et Atikamekw ainsi que les communautés Anishnabeg de Pikogan et de Lac Simon ont créé une Coalition Politique en 2014 visant à affirmer leurs droits et titres ancestraux sur ce territoire²⁰⁵.

Section 2. Une définition limitée des *droits ancestraux* dans l'ordre juridique canadien

Après avoir présenté certains faits historiques entourant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne française, britannique, puis canadienne, au Québec ainsi que les moyens juridiques mobilisés en ce sens, il sera question ici d'analyser la réception de ces faits et moyens par les juges canadiens et la portée qu'ils leur accordent dans la construction de leur discours relativement aux sources et attributs des *droits ancestraux*. Cette analyse se réalisera en trois temps. Nous présenterons, d'abord, le rattachement des droits ancestraux aux systèmes normatifs autochtones précoloniaux (1), nous aborderons, ensuite, la situation particulière du Québec à cet égard (2), et distinguerons, finalement, les droits ancestraux du titre ancestral (3). Cette étape préliminaire permettra d'apporter un éclairage sur le processus rhétorique suivi par la Cour suprême dans l'établissement du *test de justification*.

1. Un rattachement primordial des *droits ancestraux* aux systèmes autochtones précoloniaux et à leur rapport avec la *common law*

L'importante pression exercée par des groupements autochtones du Canada au début les années 1970-1980 a contribué à l'inclusion des *droits ancestraux* et des droits issus de

²⁰³ Par le biais de cette politique, le Canada vise à régler les revendications territoriales des Autochtones par la conclusion d'ententes. Renée Dupuis, « Les revendications territoriales des autochtones au Québec » (février 1995), Montréal, *Cahier du PÉQ*, p. 4.

²⁰⁴ *Convention de la Baie-James et du Nord du Québec*, *supra* note 1.

²⁰⁵ Déclaration signée par les chefs à quelques jours du quarantième anniversaire de la signature de l'entente de principe de la CBJNQ, communiqué de presse, (15 novembre 2014).

traités dans la Constitution du Canada²⁰⁶. La *Loi constitutionnelle de 1982*²⁰⁷ est ainsi venue disposer dans son paragraphe 35 (1) :

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.²⁰⁸

Et dans son paragraphe 25 :

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763 ;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.²⁰⁹

Ici l'art. 25 vient déclarer que la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹⁰ (« la *Charte* ») ne porte pas atteinte aux droits et libertés reconnus dans la *Proclamation royale de 1763*²¹¹. Selon la Cour suprême, cette disposition n'est qu'un « bouclier » de protection des *droits ancestraux* contre les effets de la *Charte*²¹². Elle n'est ni créatrice de droits ni un moyen de les constitutionnaliser²¹³. Concernant la *Proclamation royale*, la Cour estime que parce qu'elle ne constitue que la reconnaissance de *droits ancestraux*, elle ne peut être considérée comme leur « source autonome »²¹⁴. La manière de situer ce document dans l'ordre juridique canadien fonde le raisonnement des juges selon lequel elle ne peut rendre inopérantes les dispositions qui lui seraient incompatibles²¹⁵.

²⁰⁶ Pour plus de précisions, voir Borrows et Rotman, *supra* note 77, pp. 95- 98.

²⁰⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11).

²⁰⁸ *Ibid.*, para. 35 (1).

²⁰⁹ *Ibid.*, art. 25. L'alinéa 25.b) a été modifié en 1983. Le texte original disposait : « b) aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales ».

²¹⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11).

²¹¹ *Proclamation royale de 1763*, *supra*. note 131.

²¹² *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483 (ci-après *Kapp*), p. 533; repris dans *Leclaire c. Agence du revenu du Québec*, 2013 Q.C.C.S. 6083 (CanLII) (ci-après *Leclaire*), para. 225-226.

²¹³ *Kapp*, *supra* note 212, p. 543 cité dans *Leclaire*, *supra* note 29, para 227.

²¹⁴ *Leclaire*, *supra* note 29, para. 228 et 229 citant *Delgamuukw*, *supra* note 14, p. 1082 et *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 540-541.

²¹⁵ « Dans un tel contexte, il apparaîtrait que certains textes de nature incontestablement constitutionnelle au sens large, comme l'est par exemple la *Proclamation Royale*, ne seraient pas pour autant enchaînés (« entrenched ») dans la Constitution de manière à rendre « *inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit* » au sens de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. » *Leclaire*, précité, para. 222.

De cette interprétation, il ressort qu'après le para. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les art. 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹⁶ furent les premières dispositions constitutionnelles écrites²¹⁷ faisant mention des *droits territoriaux des peuples autochtones, dont font partie les droits ancestraux*²¹⁸. Pour les juges, elles ne constituent pas pour autant leur source en droit positif canadien, car l'utilisation des terminologies « reconnus » et « confirmés », la *Loi constitutionnelle de 1982* souligne explicitement l'antériorité des *droits ancestraux*²¹⁹. Les *droits ancestraux* découleraient, selon la Cour suprême de : (1) « l'occupation et l'utilisation antérieure du territoire par les peuples autochtones » et du (2) « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants »²²⁰. Dans cette optique, les *droits ancestraux* auraient ,d'abord, pour sources les lois, coutumes, pratiques et traditions autochtones²²¹. Ils auraient, ensuite, été reçus en droit britannique par le biais de la *doctrine de la continuité*²²². Ils continueraient d'exister aujourd'hui en *common law* canadienne « parce qu'ils n'ont pas été éteints sur des affirmations britanniques ou françaises de souveraineté ou d'établissement d'une autorité gouvernementale dans ce qui est maintenant le Canada. »²²³ Il y a donc un rattachement primordial des *droits ancestraux* aux systèmes autochtones précoloniaux.

À travers son interprétation des sources des *droits ancestraux*, la Cour suprême reconnaît que la colonisation n'a pas éteint à elle seule les « intérêts » des peuples autochtones²²⁴. Ces derniers, n'ayant jamais été conquisis²²⁵, leurs intérêts profitent en principe

²¹⁶ Il y avait d'autres dispositions concernant les peuples autochtones dans le texte original de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces dispositions étaient transitoires. Pour plus d'informations, voir Borrows et Rotman, *supra* note 77, p. 98-99.

²¹⁷ La constitution canadienne, dans son sens le plus large, comprend des sources écrites et non écrites s'inspirant des pratiques, coutumes, conventions, principes et traditions orales à l'instar de celle du Royaume-Uni.

²¹⁸ Borrows et Rotman, *supra* note 77, p. 99.

²¹⁹ *Van der Peet*, *supra* note 12, para. 29; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 133. Lire notamment à ce sujet Otis, « Les sources », *supra* note 16, pp. 594-595.

²²⁰ *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 114-145.

²²¹ Borrows et Rotman, *supra* note 77, p. 93.

²²² *Connolly c. Woolrich*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (Q.C.C.S.) confirmé en appel (ci-après *Connolly*); *Mitchell*, *supra* note 17, para. 114; *Van der Peet*, *supra* note 12, para. 227 et 262 (juge McLachlin dissident). Lire par ailleurs : *Ibid.*, p. 99.

²²³ Borrows et Rotman, *supra* note 77, p. 93.

²²⁴ Intérêts qui découleraient de leurs occupation et utilisation historiques du territoire. *Mitchell*, *supra* note 17, para. 10.

²²⁵ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 (ci-après *Nation haïda*), para. 25.

d'une *présomption de continuité* malgré l'affirmation de la souveraineté britannique²²⁶. Mais, cette présomption n'est pas absolue aux yeux de la Cour²²⁷. Les *droits ancestraux* sont considérés éteints en *common law* canadienne et en droit constitutionnel : (1) s'ils étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne²²⁸ ; (2) s'ils avaient été cédés volontairement par traité²²⁹ ; (3) ou si le Parlement les avait éteints²³⁰.

Selon la Cour suprême, par la reconnaissance et l'affirmation de *droits ancestraux* existants, le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« para. 35(1) ») est venu mettre fin à la pratique étatique qui consistait à éteindre ou à réglementer unilatéralement les *droits ancestraux*²³¹. Mais cette protection constitutionnelle contre les compétences législatives et réglementaires ne s'applique qu'aux *droits ancestraux* qui n'ont pas été éteints avant le 17 avril 1982²³². Par le biais de la constitutionnalisation et de l'interprétation restrictive des *droits ancestraux* « existants », les organisations politiques et judiciaires semblent chercher davantage à renfermer les revendications territoriales autochtones dans un cadre précis plutôt qu'à mettre fin ou à réparer les injustices du passé.²³³ Dans ce cas, ils seraient loin de la vocation « réparatrice » et « noble » du para. 35 (1)²³⁴.

²²⁶ « Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi » *Mitchell*, *supra* note 17, para. 10 citant la *Proclamation royale de 1763*, *supra* note 131 et *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1103.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ « Quoique l'incompatibilité avec la souveraineté de l'État ne soit pas, sur le plan formel, équivalente à une extinction. Elle emporte toutefois la même conséquence, à savoir l'impossibilité pratique de revendiquer un droit ancestral [...] dans l'arrêt *Mitchell*, le juge Binnie était [...] d'avis qu'un [droit ancestral de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins de commerce] était juridiquement incompatible avec l'intérêt souverain de l'État canadien à réglementer les frontières » : Jean Leclair et Michel Morin, « Peuples autochtones et droit constitutionnel » (30 août 2007), Fascicule 15, P-415 (ci-après Leclair et Morin), p. 95.

²²⁹ Si un droit ancestral a été éteint par la conclusion d'un traité entre la Couronne et les peuples autochtones, il sera considéré comme éteint définitivement et ce même dans le cas où la Couronne avait méconnu ses engagements et obligations en vertu du traité. Voir *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256 (ci-après *Tsilhqot'in*), para. 147.

²³⁰ Avant la *Loi constitutionnelle de 1982*, le législateur fédéral pouvait éteindre unilatéralement les *droits ancestraux*. Avec le paragraphe 35 (1), cette pratique est devenue impossible. L'intention du « Souverain » d'éteindre un droit ancestral avant 1982 doit être « claire et expresse », pour que les tribunaux retiennent l'extinction. *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1098-1099; *Mitchell*, *supra* note 17, para. 11; *Gladstone*, *supra* note 15, para. 34.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*

²³³ À ce titre, nous pouvons lire dans l'arrêt *Sparrow* : « Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises » : *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1105.

²³⁴ Termes utilisés dans : *Côté*, *supra* note 15, para. 52; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 136.

2. La particulière situation du Québec

Une infime partie du Québec était peuplée par la France avant la cession de la Nouvelle-France à la Couronne britannique, alors qu'une grande partie du territoire était restée sous contrôle des peuples autochtones et était exploitée pour ses ressources par Rupert et par d'autres actionnaires de différentes compagnies. Après l'affirmation de la souveraineté britannique sur le Québec, celui-ci n'a pas été soumis à la « vague » de traités contrairement à la plupart des autres colonies britanniques d'Amérique du Nord. Cette situation particulière pose une question majeure en matière de *droits ancestraux* : la préexistence du régime français peut-elle avoir des effets sur l'applicabilité des principes régissant les *droits ancestraux* dans l'ordre étatique canadien au Québec ? À cette question, la Cour suprême a tenté de répondre dans l'affaire *Côté*²³⁵. Le juge en chef Lamer au nom de la Cour y a rejeté l'idée selon laquelle il y avait absence de *droits ancestraux* à l'intérieur de l'ancienne colonie de la Nouvelle-France²³⁶. Il a souligné que la non-reconnaissance par la France de coutumes, pratiques ou traditions autochtones ne représente pas une intention « claire et expresse » de les éteindre, condition nécessaire pour les retirer de toute protection constitutionnelle²³⁷. De par cette interprétation, le para. 35(1) devient en soi un fondement à l'existence des *droits ancestraux* dans la partie du territoire québécois faisant anciennement partie de la Nouvelle-France²³⁸. La Cour suprême a ainsi choisi d'appréhender la réception du régime français à travers sa limitation à l'objet du para. 35(1) qu'elle définit elle-même.

À juste titre, G. Otis se demandait en 1999 s'il n'était pas plus logique pour la Cour suprême de s'appuyer sur le droit colonial français lorsque des revendications de *droits ancestraux* existaient sur des terres ayant été soumises au régime français²³⁹. À ce propos, le juge Monk de la Cour supérieure du Québec avait eu l'occasion d'avancer en 1867 que :

Ni le gouvernement français, ni aucun de ses colons ou leurs associations commerciales, n'ont jamais tenté, au cours d'une relation de plus de deux cents ans, de renverser ou de modifier les lois et les usages des tribus indiennes, sauf là où ils avaient établi des colonies,

²³⁵ *Côté*, *supra* note 15.

²³⁶ *Delgamuukw*, *supra* note 14, para 136.

²³⁷ *Côté*, *supra* note 15, para. 52 citant *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1099 et *Gladstone*, *supra* note 15, para 34.

²³⁸ Otis, « Les sources », *supra* note 16, p. 596; Ghislain Otis, « Le diptyque Côté-Adams ou la préséance d l'ordre établi dans le droit postcolonial des peuples autochtones » (1997) 8 : 70 *Forum constitutionnel* 72, pp. 72-74.

²³⁹ Otis, « Les sources », *supra* note 16, p. 595.

puis, seulement par la persuasion, et alors que les plus barbares et féroces des nations indiennes reculaient, soumises au contact avec les blancs ou aux influences de la civilisation européenne. C'est tout à fait vrai [...] qu'ils n'avaient aucun droit, aucune autorité légale pour le faire...²⁴⁰ [Notre traduction.]

Dans *Côté*, le juge Lamer a néanmoins considéré « préférable » l'analyse du para. 35(1) en fonction de son objet et de son libelle²⁴¹. Il justifie notamment cette position par la modification de la situation des *droits ancestraux* après leur intégration dans la Constitution en 1982²⁴². Pour autant, il n'est pas resté totalement muet sur la question de la réception du système français par le droit britannique. Il considère d'une manière générale qu'« aux termes de l'*Acte de Québec de 1774* et en vertu des principes de droit britannique concernant les conquêtes, les lois existantes qui régissaient le territoire acquis de la Nouvelle-France ont été reçues et ont continué à s'appliquer en l'absence de modification législative ultérieure. »²⁴³ Malgré cet état de fait et de droit, il lui apparaît « [être] moins évident que l'avènement de la souveraineté britannique a[it] perpétué le système de droit français » relativement au cas particulier des droits des peuples autochtones²⁴⁴. Sans en être vraiment convaincu, il estime que la reconnaissance des *droits ancestraux* en *common law* fut une conséquence nécessaire à l'acte d'affirmation de la souveraineté britannique au Québec, qui aurait mis fin au droit colonial français²⁴⁵.

3. De la nature plurale des *droits ancestraux*

Afin de combler l'absence de précisions dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, la définition des *droits ancestraux* a été établie progressivement par les tribunaux, conformément à la méthode de common law. Dans sa démarche, la Cour s'est imposée un cadre d'interprétation libéral, réparateur et téléologique permettant d'atteindre l'objectif de conciliation poursuivi, selon elle, par le para. 35(1)²⁴⁶. Elle conclut que les *droits ancestraux*

²⁴⁰ Connolly, *supra* note 222, p. 77.

²⁴¹ Côté, *supra* note 15, para. 51

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*, para 49.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Une telle interprétation découlait non seulement de la constitutionnalisation des *droits ancestraux* mais également du principe de l'honneur de la Couronne entrant en jeu dans ses rapports avec les peuples autochtones. Sparrow, *supra* note 14, pp. 1106-1107 citant notamment *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36.

et les titres ancestraux, sont des droits uniques dans l'ordre juridique canadien, des droits *sui generis*²⁴⁷. Ce caractère qui les distingue des autres droits, découlerait selon elle de leur origine historique et culturelle²⁴⁸, de leur statut de droits constitutionnels²⁴⁹, et du fait qu'ils soient détenus collectivement²⁵⁰ par des groupes autochtones²⁵¹. Partant de ces constats, la Cour suprême a progressivement établi leurs conditions d'existence et attributs. Elle a choisi de moduler leur étendue :

[Ils] s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question. [...] Au milieu du spectre on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière [...]. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit. [...] »²⁵².

Dans un arrêt très récent, la Cour suprême appuie sa préférence pour cette vision spectrale, qui, selon elle, représente le mieux les multiples natures des *droits ancestraux*²⁵³. Elle estime que cette vision évite, d'une part, de se fonder exclusivement sur le rattachement que peuvent avoir les *droits ancestraux* à la terre²⁵⁴ et, d'autre part, de leur attribuer une portée unique sur l'ensemble du territoire qui pourrait s'avérer problématique²⁵⁵.

Les *droits ancestraux* « couvrent un vaste éventail de sujets, englobant les titres jusqu'à l'utilisation du tabac » et « touchent tous les aspects de la vie, de l'adoption d'enfants

²⁴⁷ *Sparrow*, *supra* note 14 citant *Guerin*, *supra* note 200, p. 382. Cette nature est reprise par tous les tribunaux. Elle a été reconfirmée dans *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 34.

²⁴⁸ *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 25.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ R. c. *Powley* [2003] 2 R.C.S. 207 (ci-après *Powley*), para. 24. Mais « bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, [les droits ancestraux] sont [...] exercés par des membres à titre individuel ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels. Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêts acquis dans la protection de ces droits ». *Behn c. Moulton Contracting Ltd*, [2013] R.C.S. 26 (ci-après *Behn*), para. 33.

²⁵¹ *Van der Peet*, *supra* note 12, para. 19 et 69.

²⁵² *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 13 citant *Côté*, *supra* note 15, para. 26 et 30.

²⁵³ *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 27.

²⁵⁴ *Ibid.* : reprenant les raisonnements de *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 13; *Côté*, *supra* note 15, para. 26 et 30 et *Van der Peet*, *supra* note 12, para. 74.

²⁵⁵ « 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. » : Otis, « L'évolution », *supra* note 135, p. 71.

à la commémoration des lieux de sépulture des ancêtres de la communauté. »²⁵⁶ Selon les critères établis par la Cour, pour les groupes autochtones qui établissent la preuve de leur existence, les *droits ancestraux* permettent : 1) d'occuper et d'utiliser un territoire donné d'une manière exclusive²⁵⁷ ou 2) d'exercer certaines activités sans avoir un droit sur le territoire lui-même²⁵⁸. La distinction entre la catégorie *droits ancestraux* et le titre ancestral, qui en est une sous-catégorie²⁵⁹, a été construite autour de ces deux fins. Dans le but de présenter sommairement cette distinction, nous proposons le présent tableau :

²⁵⁶ *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 27; faisant référence à Kerry Wilkins, *Essentials of Canadian Aboriginal Law*, Carswell, 2018, p. 195.

²⁵⁷ Le titre ancestral confère le droit au territoire lui-même. *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 45; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 138.

²⁵⁸ Leclair et Morin, *supra* note 228, p. 23.

²⁵⁹ *Van der Peet*, *supra* note 12, para. 74; *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 27.

Droit ancestral	Titre ancestral
DÉFINITION	
Le droit d'exercer des activités ²⁶⁰ spécifiques, sur un territoire donné ou non ²⁶¹ , pour le groupe autochtone qui le prouve.	Le droit à un territoire donné, c.-à-d., le droit de l'occuper et de l'utiliser exclusivement ²⁶² pour diverses fins pour le groupe autochtone qui en fait la preuve.
PORTÉE	
Ces activités doivent représenter des coutumes, pratiques ou traditions faisant partie intégrante du « mode de vie » ²⁶³ de ce groupe ou de « sa culture distinctive » ²⁶⁴ . Il semble ne plus être nécessaire de démontrer que ces coutumes, pratiques ou traditions constituent le trait distinctif le plus déterminant de l'identité du groupe ²⁶⁵ . En réalité, cela dépend des droits revendiqués ²⁶⁶	Ces fins ne constituent pas nécessairement des aspects de coutumes, pratiques ou traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive. Le groupe qui établit l'existence du titre, a un droit de déterminer l'utilisation qu'il souhaite faire du territoire et de son mode de gestion ²⁶⁷ , le droit d'en jouir et de l'occuper, le droit de posséder les terres et le droit aux avantages économiques qu'elles procurent ²⁶⁸ . Mais ces terres sont curieusement inaliénables ²⁶⁹ , et leur utilisation limitée par ce que la Cour suprême appelle la <i>continuité du rapport</i> ²⁷⁰ avec le territoire.

²⁶⁰ Il ne s'agit pas nécessairement de la chasse, la pêche ou la cueillette. La transmission des savoirs par exemple ou l'enseignement des langues sont des *droits ancestraux*. Voir notamment *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 T.C.D.P. 2 (CanLII); Côté, *supra* note 15, para. 56.

²⁶¹ Le rattachement du droit ancestral à un territoire donné n'est pas une condition obligatoire. Cela dépend du droit en cause (par exemple le droit de commercer une ressource). Mais, les différentes décisions de la Cour suprême démontrent clairement que les considérations géographiques entrent en jeu d'une manière importante dans la preuve des *droits ancestraux*. Voir notamment Leclair et Morin, *supra* note 228, p. 32.

²⁶² *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 110, 118 et 185; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 76.

²⁶³ *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, para. 40-46.

²⁶⁴ Le critère de la *culture distinctive* a été élaboré dans *Van der peet*. La Cour est ensuite revenue sur ce critère, sans le rejeter, en se référant au critère du *mode de vie*. Pour plus de précisions lire notamment Leclair et Morin, *supra* note 228, pp. 30-31.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Face à des droits de subsistance, le critère du *mode de vie* paraît être privilégié par la Cour suprême alors qu'en présence de droits commerciaux la Cour semble privilégier le critère de la *culture distinctive*. *Ibid.*

²⁶⁷ Il ne s'agit pas seulement d'un droit de refus, mais d'un « droit d'utiliser et gérer les terres de façon proactive ». *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 94.

²⁶⁸ *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 117 et *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 73 et 88; *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 33.

²⁶⁹ Les terres ne peuvent être transférées, vendues ou cédées qu'à la Couronne fédérale. *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 113.

²⁷⁰ Le titre ancestral est un titre collectif détenu non seulement au profit de la génération actuelle, mais aussi de toutes les générations à venir. À ce titre, il prévoit des restrictions à la cession et à l'utilisation des terres. *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 125-132; *Tsilhqot'in* *supra* note 228, para. 74. Pour une lecture critique de ce critère de continuité du rapport : Otis, « L'évolution », *supra* note 135, pp. 80-81.

PÉRIODE DE RÉFÉRENCE	
<p>Il faut identifier les coutumes, pratiques et traditions qui existaient <u>avant le contact</u> avec les colons européens²⁷¹.</p> <p>Mais cet enractinement antérieur des <i>droits ancestraux</i> ne condamne pas le maintien d'une pratique ancestrale. La Cour reconnaît le caractère évolutif de son mode d'exercice, avec néanmoins des limites²⁷².</p>	<p>Bien que ce soit l'occupation historique du territoire qui fonde le titre ancestral, l'occupation exclusive par le groupe autochtone doit être démontrée <u>au moment de l'affirmation de la souveraineté</u> de la Couronne sur ce territoire²⁷³.</p> <p>Par ailleurs, lorsque le groupe autochtone invoque une occupation actuelle du territoire, il doit démontrer une continuité entre celle-ci et l'occupation <u>d'avant l'affirmation de la souveraineté</u>.</p>

Ce tableau qui tente de regrouper d'une manière très concise la nature des *droits ancestraux* au sens de la Haute juridiction, nous fait état de la singularité de chaque revendication ainsi que de la pluralité des superpositions possibles entre ces droits et ceux pouvant être invoqués par l'État ou des personnes allochtones. Au sens de G. Otis, « [c]e régime plural, qui ne favorise la sécurité foncière ni du gouvernement ni des autochtones, constraint 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 »²⁷⁴.

²⁷¹ Pour le cas spécifique des Métis, lire : J. Leclair et M. Morin, *supra* note 228, pp. 29-30.

²⁷² Bien que les moyens d'exercice du droit ancestral puissent évoluer, la Cour fige la conception des droits à la période pré-contact. C'est ainsi qu'elle estime qu'un droit de cueillir certains fruits avant l'arrivée des Européens ne peut devenir un droit d'extraire du gaz naturel aujourd'hui. Voir *Bande indienne des Lax Ka'alaams c. Canada* (Procureur général), [2011] 3 R.C.S. 535 (ci-après *Bande indienne des Lax Ka'alaams*), para. 51.

²⁷³ *Delgamuukw*, *supra* note 14, para 142-159.

²⁷⁴ G. Otis, « L'évolution »), *supra* note 135, p. 77.

Partie 2. L’interprétation de l’*intérêt général du public* ou de l’*intérêt supérieur du public* par les juges constitutionnels canadiens et québécois dans le contexte d’atteinte aux droits ancestraux

La présentation antérieure des moyens par lesquels l’affirmation de la souveraineté de la Couronne s’est imposée sur les territoires autochtones (Partie 1. Section 1) ainsi que l’analyse du discours de la Cour suprême concernant les sources et attributs des *droits ancestraux* (Partie 1. Section 2) vont nous être d’une importance capitale dans l’analyse du processus rhétorique de la justification des atteintes aux *droits ancestraux*, et de la définition de l’*intérêt général du public* ou l’*intérêt supérieur du public*²⁷⁵. En effet, comme nous le verrons plus loin, le discours des juges est circulaire et interdépendant en matière de *droits ancestraux*. Dans ce discours, nous étudierons l’objectif de conciliation (section 1) ainsi que le contenu et la fonction des notions d’*intérêt général du public* ou d’*intérêt supérieur du public* dans le cadre du *test de justification* (section 2).

Section 1. L’objectif de conciliation de l’occupation antérieure des peuples autochtones avec l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté au fondement du *test de justification*

En matière de *droits ancestraux*, le juge constitutionnel est la voix ultime. Tout son discours relativement à cette matière tourne autour de deux objectifs sous-jacents à la reconnaissance et à la confirmation des *droits ancestraux* au para. 35(1). Nous allons voir ici comment ces objectifs sont mobilisés par les juges dans la limitation des *droits ancestraux* et, plus précisément, dans la définition de l’*intérêt autochtone* et de l’*intérêt supérieur du public*.

1. La conciliation, un objectif constitutionnel du para. 35(1) dégagé par la Cour suprême

Sparrow est la première décision par laquelle la Cour suprême du Canada pose les jalons de la méthode d’interprétation du para. 35(1) dans l’ordre juridique canadien. En vertu des principes qu’elle invoque²⁷⁶ ce paragraphe doit être interprété en fonction de l’objet qu’il

²⁷⁵ La Cour suprême se réfère tantôt à l’*intérêt général du public*, tantôt à l’*intérêt supérieur du public*.

²⁷⁶ *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1106-1107.

vise²⁷⁷. Suivant cette approche, la Cour suprême fait découler deux objectifs constitutionnels du para. 35(1) : 1) la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones et 2) la conciliation de cette occupation antérieure avec l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur ce territoire²⁷⁸. Elle considère ce second objectif comme étant le plus pertinent à l'étape de la justification des atteintes aux *droits ancestraux*²⁷⁹.

Pour démontrer qu'une analyse fondée sur l'objet est pertinente, le juge en chef Lamer affirme qu'une telle démarche oblige les tribunaux à analyser le para. 35(1) à partir des intérêts qu'il cherche à protéger²⁸⁰, c'est-à-dire ceux des peuples autochtones concernés par rapport à ceux de la société canadienne dans son ensemble :

[...] cette analyse du par. 35(1) fait en sorte que ce qui est jugé comme relevant de cette disposition se rapporte à son objet: les peuples autochtones et leurs droits par rapport à la société canadienne dans son ensemble.²⁸¹

Parce que la Cour suprême distingue entre les intérêts d'un groupe autochtone et ceux de la société canadienne dans son ensemble, tout en considérant que ce groupe fait partie de cette dernière²⁸², elle pose la nécessité de rechercher la conciliation « de l'existence des sociétés autochtones avec la société canadienne plus large »²⁸³ lorsque des mesures étatiques pourraient leur porter atteinte :

[C]omme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières

²⁷⁷ La méthode d'interprétation du para. 35(1) « est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même » : *ibid.*, p. 1106; *Van der Peet*, *supra* note 12, para. 22.

²⁷⁸ *Van der Peet*, *supra* note 12, pp. 37-43; *Gladstone*, *supra* note 15, para. 72; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161; *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 21.

²⁷⁹ *Gladstone*, *supra* note 15, para 72; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161.

²⁸⁰ *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 40 citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Adams*, note 16, para. 58; *Gladstone*, *supra* note 15, para. 74.

²⁸³ *Gladstone*, *supra* note 15, para. 74.

appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble.²⁸⁴

Le fait qu'un groupe soit autochtone et qu'il est un intérêt sur des terres particulières ne suffit pas à considérer aux yeux de la Cour qu'il a un intérêt autochtone sur les terres : « [l']intérêt (qu'il s'agisse d'un titre ou de tout autre droit) en question doit être distinctement autochtone; il doit s'agir d'un intérêt autochtone collectif »²⁸⁵. Par ailleurs :

[...] bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, [les droits ancestraux] sont [...] exercés par des membres à titre individuel ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels. Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêts acquis dans la protection de ces droits.²⁸⁶

2. L'obligation pour les pouvoirs législatifs et règlementaires de poursuivre un objectif visant la conciliation compte tenu des *intérêts autochtones* et de l'*intérêt supérieur du public*

En vertu du cadre posé dans *Sparrow*, le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, tant fédéral que provincial²⁸⁷, peuvent porter atteinte aux *droits ancestraux* : 1) s'ils le justifient par la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel²⁸⁸ et ; 2) s'ils démontrent que l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire²⁸⁹ entre les peuples autochtones et la Couronne²⁹⁰. Par conséquent, lorsqu'une affaire est portée devant lui et une fois qu'il a examiné la revendication du droit ancestral, son extinction ou sa continuité ainsi

²⁸⁴ *Ibid.*, para 73 cité dans *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161.

²⁸⁵ *Powley*, *supra* note 250, par. 37; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623 (ci-après *Manitoba Metis Federation Inc.*), para. 53.

²⁸⁶ *Behn*, *supra* note 250, para. 33.

²⁸⁷ Ce cadre d'analyse s'applique aux textes législatifs et réglementaires, fédéraux et provinciaux. Toutefois, une loi provinciale ne pourrait avoir comme objectif principal la réglementation d'un droit ancestral, qui relève de la compétence du Parlement fédéral. *Côté*, *supra* note 15, para. 74; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 160 et 165.

²⁸⁸ Initialement, la Cour suprême avait recours au critère de l' « objectif législatif régulier » : *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1079.

²⁸⁹ Le principe de l'honneur de la Couronne s'applique lorsque la Couronne doit transiger avec les peuples autochtones. Toutefois, il n'entre pas forcément en jeu dans toute interaction. Voir notamment *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, para. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Nation haïda*, *supra* note 225, para. 16; *Manitoba Metis Federation Inc.*, *supra* note 285, para. 74. Nous reviendrons sur cette question plus tard.

²⁹⁰ *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1079, et 1114.

que l'existence d'une atteinte *prima facie*²⁹¹, le juge applique un *test de justification* en deux étapes dans le cadre duquel l'*intérêt supérieur du public* est mobilisé. Lors de la première étape, au moment de l'appréciation du caractère impérieux et réel de l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics, le juge contrôle si l'objectif poursuivi²⁹² est « suffisamment importants » pour l'ensemble de la société canadienne²⁹³ et s'il vise la conciliation des *droits ancestraux* avec l'*intérêt général de la société*²⁹⁴.

En présence de *droits ancestraux*, le seul critère d'*intérêt public*, ne suffit pas comme l'a précisé le juge en chef Dickson dans l'affaire *Sparrow*²⁹⁵. La Cour suprême demande à l'État que son objectif législatif ou règlementaire vise la conciliation entre l'occupation historique ou antérieure du territoire par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Les termes choisis ont leur importance. Par souveraineté, on reconnaît à la Couronne un pouvoir suprême sur le territoire et des compétences législatives, exécutives et judiciaires exclusives²⁹⁶. Par occupation, on ne reconnaît en principe aucun contrôle exclusif du territoire²⁹⁷.

En 2004, dans l'affaire *Nation haïda*, la juge en chef McLachlin fait référence à l'idée de « concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne » ou encore de « concilier les revendications de souverainetés respectives »²⁹⁸. Cette position nous paraît être davantage représentative de la réalité, savoir une confrontation

²⁹¹ Lorsqu'est soumis au tribunal la revendication d'un droit ancestral fondée sur le para. 35(1), le juge procède à une analyse en quatre étapes. Il doit déterminer : 1) si le requérant a prouvé qu'il exerçait un droit ancestral ; 2) s'il y a eu extinction de ce droit avant l'édition du para. 35(1); 3) s'il y a eu atteinte à ce droit (*prima facie*); et finalement : 4) si l'atteinte était justifiée. *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1091-1120; *Gladstone*, *supra* note 15, para. 20.

²⁹² Il nous apparaît que l'objectif avancé ne saurait être extérieur à l'*intérêt public* étant donné qu'un *objectif général du public* est exigé. Voir notamment *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 82.

²⁹³ *Gladstone*, *supra* note 15, para 73; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161.

²⁹⁴ Notion utilisée au côté de celle d'intérêt supérieur du public. Voir notamment *Tsilhqot'in*, *supra* note 228.

²⁹⁵ « [...] la justification fondée sur « l'intérêt public » est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si large qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée » : *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1079.

²⁹⁶ Selon la définition de Georg Jellinek, est souverain celui qui décide de l'attribution des compétences dans une matière donnée. Il continue à être souverain tant qu'il lui est possible de se réapproprier ces compétences. Ainsi, « [P]uisque l'État est l'organisation dotée de la puissance originale du peuple établi, seul l'État peut être souverain et aucune puissance ne peut lui être supérieure ». Roland Bieber, « La perception allemande de la notion de souveraineté » (2013), 368 : 2 *L'Europe en Formation* 61, p. 64.

²⁹⁷ Voir *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 142-159

²⁹⁸ *Nation haïda*, *supra* note 225, para. 20.

politique de revendications de souverainetés entre la Couronne et les peuples autochtones²⁹⁹.

Mais il ne faudrait pas, à partir de cette seule constatation, attribuer au juge McLachlin une vertu prodigieuse. Quelques années avant, elle avait conclu :

L'objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l'isolement mutuel. Ce qui importe c'est que la Commission royale elle-même considère les autochtones comme étant des participants à part entière, avec les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, et ils ne lui sont pas asservis, ils en font partie³⁰⁰.

Le discours dominant de la Cour à ce sujet reste sans équivoque celui de considérer la souveraineté britannique puis canadienne valide et prédominante sur le territoire³⁰¹ et les peuples autochtones comme partie intégrante de la société canadienne en tant que « communauté sociale, politique et économique plus large »³⁰².

Les objectifs pouvant être reçus comme des objectifs suffisamment importants et visant la conciliation diffèrent en fonction des circonstances de chaque cas³⁰³. Il a ainsi été question d'infirmer la protection des droits ancestraux par la nécessité de conserver, de gérer ou de mettre en valeur les ressources naturelles³⁰⁴, de reconnaître leur importance pour les groupes allochtones qui les exploitent³⁰⁵, de préserver la sécurité du public³⁰⁶, de poursuivre l'équité sur les plans économique et régional³⁰⁷ ainsi que le développement socioéconomique³⁰⁸ ou économique général de l'intérieur d'une Province³⁰⁹, d'étendre les

²⁹⁹ Par la défense de l'exercice individuel de *droits ancestraux*, les autochtones revendentiquent leurs souverainetés sur le territoire. Il serait trompeur d'affirmer que, par le biais de telles actions, ils viseraient seulement à défendre la protection de leurs *droits ancestraux* ou qu'ils accepteraient les principes avancés par la Cour suprême.

³⁰⁰ *Mitchell*, *supra* note 17.

³⁰¹ Pour plus de précisions à ce sujet : James I. Reynolds, *Aboriginal Peoples and the Law: A Critical Introduction*, Vancouver, Colombie-Britannique, Purich Books, 2018, pp. 56-84.

³⁰² Expression prise de *Gladstone*, *supra* note 15, para. 73.

³⁰³ *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 84

³⁰⁴ *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1113; *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 84; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 (ci-après *Nikal*), para. 94; *Marshall*, *supra* note 289, para. 40; *Québec (Procureur général) c. Young* [1999] R.J.Q. 2404 (Q.C.C.S.), para. 61 et *Young c. Québec (Procureur général)*, [2003] R.J.Q. 395 (Q.C.C.A.), para. 97 (ci-après *Young c. Québec*); *Polson c. Québec (Procureur général)*, [2003] R.J.Q. 370, para. 26 (ci-après *Polson*).

³⁰⁵ *Gladstone*, *supra* note 15, para. 73 et 75; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161; *Marshall*, *supra* note 289, para. 42.

³⁰⁶ *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 84; *Polson*, *supra* note 304, para. 26.

³⁰⁷ *Gladstone*, *supra* note 15, para. 73 et 75; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161; *Marshall*, *supra* note 289, para. 42.

³⁰⁸ *Young c. Québec*, *supra* note 304.

³⁰⁹ *Gladstone*, *supra* note 15, Para. 165.

industries agricoles, forestières, minières et hydroélectriques, de développer les infrastructures et le peuplement³¹⁰ et de protéger l'environnement, les écosystèmes et les espèces menacées d'extinction³¹¹. Nous y reviendrons plus tard.

Section 2. L'intérêt général du public ou l'intérêt supérieur du public à l'étape de la pondération

En vertu du cadre d'analyse posé dans *Sparrow*, une fois que l'objectif avancé par le pouvoir législatif ou le pouvoir règlementaire est jugé impérieux et réel, la seconde étape du contrôle du tribunal vise à évaluer la compatibilité de l'atteinte avec les rapports spéciaux de fiduciaire entre les peuples autochtones et la Couronne³¹². Dans cette démarche, l'obligation fiduciaire commande de rechercher si l'*intérêt supérieur du public* est proportionnel à tout effet négatif sur l'*intérêt autochtone*³¹³, c'est-à-dire l'intérêt du groupe qui revendique la protection de ses *droits ancestraux*³¹⁴. Nous verrons ici comment la Cour a justifié la mise en place d'une telle exigence (1) et tenterons de faire ressortir le rôle et le contenu qu'elle assigne à l'*intérêt général du public* à l'étape finale de la justification des atteintes aux *droits ancestraux* (2).

1. L'honneur de la Couronne à la source de la pondération au niveau de l'*intérêt général ou supérieur du public* dans le cadre du *test de justification*

En matière de droits et libertés garantis par la *Charte*, la Cour suprême exige une mise en équilibre entre la protection de ces droits et libertés et la défense des intérêts de toute la société en cas de conflit³¹⁵. Cette mise en équilibre peut, *in fine*, justifier une atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte* si la restriction imposée satisfait aux conditions établies dans l'affaire *Oakes*³¹⁶, parmi lesquelles la condition de la *pondération finale*³¹⁷.

³¹⁰ *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 165.

³¹¹ *Ibid.*; Québec (*Procureur général*) c. *Mongrain*, [1999] R.J.Q. 2353, p. 13.

³¹² *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1110-1111; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 70-71 et 80.

³¹³ *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 125.

³¹⁴ La Cour considère que « les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit » : *Van der Peet*, *supra* note 12, para. 69. C'est pour cette raison que nous parlons de « groupe autochtone ».

³¹⁵ *Ross c. Conseil scolaire du district n°15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, para. 73-74; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, para. 50 et 54.

³¹⁶ *R. c. Oakes*, [1996] 1 R.C.S. 103 (ci-après *Oakes*).

³¹⁷ Pour justifier une atteinte aux droits et libertés garanties par la *Charte*, le gouvernement doit démontrer : 1) qu'il a poursuivi un objectif impérieux et réel, suffisamment important et 2) qu'il existe une proportionnalité

Cette condition finale permet aux juges d'évaluer si les avantages de la mesure restrictive sont plus importants au plan de l'*intérêt supérieur du public*³¹⁸. Bien que la Cour suprême ait avancé que le para. 35(1) « ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n'importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux »³¹⁹ et ait écarté tout assujettissement de ce paragraphe à l'art. 1^{er} de la *Charte*³²⁰, elle s'est appliquée à porter un raisonnement similaire lorsqu'il a été question de poser un cadre d'analyse de la justification des atteintes aux *droits ancestraux*.

Lorsque, dans l'affaire *Sparrow*, le Juge en chef Dickson et le juge La Forest affirment que « [l]es droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absous », ils reprennent, le raisonnement appliqué aux droits et libertés garantis par la *Charte*³²¹ et établissent un *test de justification* des atteintes qui reprend en grande partie celui qui a été élaboré quelques années auparavant dans l'arrêt *Oakes*. Cette démarche paraît conforme à la conclusion du juge en chef Lamer quelques années plus tard selon laquelle les *droits ancestraux* auraient « une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte* »³²². Toutefois, dans la construction de leur raisonnement, ils ont préféré fonder l'existence de ce test sur la volonté de concilier le pouvoir de la Couronne avec son obligation fiduciaire³²³. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, dans l'arrêt *Van der Peet*, le juge Lamer affirme : « [...] les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne »³²⁴.

L'honneur de la Couronne commande de concilier les *droits ancestraux* avec d'autres droits et intérêts par la recherche d'une proportionnalité dans le processus de justification des

entre l'objectif et le moyen utilisé. Dans le cadre de cette deuxième étape, il faut établir : a) un lien rationnel entre la limitation et l'objectif poursuivi; b) que l'atteinte est minimale et b) qu'il existe une proportionnalité entre les effets préjudiciables de la mesure et l'objectif poursuivi par le législateur au plan de l'intérêt supérieur du public (pondération finale). *Ibid.*, para. 70; *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331 (ci-après *Carter*), para. 102; citant *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, para. 55.

³¹⁸ *Carter*, *supra* note 317, para. 122; *Canada c. JTI-Macdonald Corps.*, [2007] 2 R.C.S. 610 (ci-après *JTI-Macdonald Corp*), para. 45, *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769 para. 53.

³¹⁹ *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1109.

³²⁰ *Ibid.*, pp. 1108-1109.

³²¹ « La plupart des constitutions modernes reconnaissent que les droits ne sont pas absous et peuvent être restreints si cela est nécessaire pour atteindre un objectif important et si la restriction apportée est proportionnée ou bien adaptée » : *JTI-Macdonald Corp.*, *supra* note 318, para. 36.

³²² *Van der peet*, *supra* note 12, p. 33.

³²³ *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1109; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 80, 84 et 85. Pour plus de précisions Leclair et Morin, *supra* note 228, pp. 101-103.

³²⁴ *Van der peet*, *supra* note 12, p. 33.

atteintes « lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'un intérêt autochtone particulier »³²⁵. Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, rendu en 2014 par la Cour suprême, nous pouvons lire :

[...] l'obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort implicitement de l'obligation fiduciaire qu'à la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence).³²⁶

Toutefois, dans le cas où les mesures étatiques attentatoires concernent « un intérêt autochtone revendiqué, mais non encore établi », à savoir « les droits et titre ancestraux revendiqués, mais non encore définis ou prouvés », l'honneur de la couronne ne fait naître qu'une obligation de consultation et d'accordement en faveur du groupe autochtone concerné³²⁷. Une obligation que la Cour suprême module au cas par cas³²⁸. Dans tous les autres cas où le droit à exercer une activité ou le titre ancestral est établi, la Couronne doit non seulement se conformer à cette obligation, mais doit aussi s'assurer que la mesure étatique respecte son obligation de fiduciaire. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone (recherche d'une proportionnalité). La preuve *prima facie* de l'existence d'un droit autochtone suffit à déclencher le contrôle du respect de l'obligation de consultation et d'accordement par les tribunaux³²⁹.

³²⁵ *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, para. 79 et 81; *Nation haïda*, *supra* note 225, para. 18; *Manitoba Metis Federation Inc.*, *supra* note 285, para. 73.

³²⁶ *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 87. [Nous soulignons.]

³²⁷ *Nation haïda*, *supra* note 225, para. 20-24 citant *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1119, *Nikal*, *supra* note 304, p. 110, *Gladstone*, *supra* note 15, para. 64 et *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 168.

³²⁸ « L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. » *Nation haïda*, *supra* note 225, para. 39; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 17.

Une situation qui pose un problème d'incertitude du droit quant à l'étendue et l'intensité de l'obligation de consultation et d'accordement. Voir à ce sujet Leclair et Morin, *supra* note 228, pp. 110-111.

³²⁹ *Nation haïda*, *supra* note 225, para. 37; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, para. 40-41. L'analyse de l'existence à *prima facie* des droits se fait aux étapes préliminaires du test établi dans *Sparrow*, repris dans *Tsilhqot'in* afin d'y inclure l'obligation de consultation et d'accordement. Voir *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1091-1120; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 87.

L’obligation de fiduciaire appelle à une proportionnalité des incidences. Même si la nature du critère de proportionnalité peut varier selon les circonstances³³⁰, les tribunaux doivent, dans chaque cas, réaliser une certaine mise en balance des intérêts de la société dans son entièreté et ceux des groupes autochtones. Ainsi, pour justifier l’atteinte après avoir satisfait à tous les autres critères, l’*intérêt supérieur du public* « doit être proportionnel à tout effet négatif sur l’intérêt autochtone »³³¹. Dans *Tsilhqot’in*, la Cour suprême, approuvant le raisonnement de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, apporte certaines précisions à ce sujet. Il ressort de son raisonnement, que dans le cas où c’est la valeur économique d’une mesure qui serait avancée dans l’*intérêt général du public*, elle doit être rapprochée de ses effets préjudiciables sur les *droits ancestraux* concernés. Il ne suffit pas d’avancer la seule rentabilité du point de vue d’un ou plusieurs agents économiques³³². Si ce cadre est appliqué d’une manière plus générale, cela reviendrait à exiger que les effets positifs (bénéfices) pour l’*intérêt supérieur du public* soient supérieurs aux effets négatifs sur les *droits ancestraux* du groupe autochtone (coûts) pour justifier une atteinte à l’étape finale du contrôle.

Dans ce raisonnement, la Cour suprême suit le principe selon lequel un intérêt autochtone est exclusif au groupe qui revendique la protection d’un droit ou d’un titre ancestral à contrario de l’*intérêt supérieur du public* qui concerne la société canadienne dans son ensemble. Comme l’avance la juge en chef McLachlin dans l’affaire Mitchell : « [I]les peuples autochtones font partie de la souveraineté canadienne et les accommodements requis pour les droits autochtones ne constituent pas un rapport à somme nulle entre droits de minorités et droits de citoyenneté »³³³. [Nous soulignons.] La pondération, partie intégrante de la recherche de la proportionnalité, permettrait alors dans le sens de la juge d’opérer « une

³³⁰ L’examen de la compatibilité de l’atteinte avec les rapports spéciaux de fiduciaire existants entre les peuples autochtones et la Couronne se fait en fonction du contexte juridique et factuel de chaque cas. Certains contextes appellent à interpréter cette obligation comme accordant la priorité aux *droits ancestraux* et à leurs moyens préférés de les exercer, alors que d’autres exigeraient à ce qu’elle soit formulée autrement. La traduction de l’obligation de fiduciaire et le degré d’examen de la mesure portant atteinte au droit ancestral dépend de la nature de droit. *Sparrow*, *supra* note 14, pp. 1111 et 1119; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 162 et 163; *Gladstone*, *supra* note 15, para 56.

³³¹ *Tsilhqot’in*, *supra* note 228, para. 125.

³³² *Ibid.*, p. 127.

³³³ *Mitchell*, *supra* note 17, énoncé et para. 164; sur la base des travaux de J. Borrows. John Borrows, « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 R. du B. can. 15.

conciliation rationnelle des *droits ancestraux* et des intérêts de tous les Canadiens »³³⁴. [Nous soulignons.]

2. La pondération des effets mobilisant l'*intérêt général de la société ou de l'intérêt supérieur du public* appliquée par les juges canadiens et québécois

Comme nous l'avons présenté plus haut, il ressort de l'affaire *Sparrow* que « la notion d'intérêt public est trop vague et générale pour constituer un objectif valide justifiant une atteinte à un droit ancestral »³³⁵. L'objectif législatif ou règlementaire devra plutôt, au sens de la Cour suprême, « poursuivre l'objectif de conciliation, compte tenu des intérêts autochtones et de l'objectif général du public »³³⁶ en satisfaisant aux exigences fiduciaires incomptant à la Couronne notamment par la recherche d'une proportionnalité des effets (une pondération faisant intervenir l'*intérêt supérieur du public*). Il ressort également que les conclusions sur ce que pourrait constituer un objectif impérieux et réel visant la conciliation des intérêts autochtones avec l'*intérêt général de la société ou de l'intérêt supérieur du public* diffèrent d'une affaire à une autre. La Cour reçoit tantôt des objectifs de développement économique ou de poursuite de l'exploitation des ressources naturelles en tant qu'objectifs visant la conciliation, tantôt, au contraire, elle appuie des objectifs de préservation, de gestion ou de conservation de ces ressources et des écosystèmes³³⁷. D'autres objectifs sont avancés mais nous ne retiendrons que ces deux catégories aux fins de notre analyse³³⁸.

À présent, nous espérons ajouter à cette démarche une analyse plus minutieuse de la réception par les tribunaux du cadre d'analyse des justifications des atteintes, lequel a été développé progressivement, et d'une manière fragmentaire, par la Cour suprême. L'attention est portée principalement sur la pondération des effets qui nous apporterait plus de précisions sur l'articulation des objectifs étatiques et de l'*intérêt général ou supérieur du public*. Le temps et la méconnaissance expérimentale des procédures internes propres aux juridictions et aux institutions étatiques nous auront privés de livrer au lecteur une analyse en dehors du cadre discursif.

³³⁴ *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para.125.

³³⁵ *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1113.

³³⁶ *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 82.

³³⁷ Voir *supra* notes 304 à 311.

³³⁸ Nous estimons que ces deux catégories ont un lien fort avec les revendications territoriales et qu'elles représentent le défi central de la conciliation.

A priori de la présentation des résultats de cette analyse, il est important de rappeler que chaque litige appelle à prendre en compte plusieurs facteurs parmi lesquels la nature et la solidité de la preuve du droit ancestral, la nature et l'importance de l'objectif avancé (considérations économiques ou préservation des ressources), la gravité de l'atteinte et des contextes factuel et social entourant le litige. Néanmoins, sur la base des travaux de J. Leclair et M. Morin³³⁹ et de notre analyse des jurisprudences canadienne et québécoise, nous pouvons avancer que trois catégories de *droit ancestraux* semblent se distinguer : 1) les droits de subsistance (*Catégorie 1*), 2) les droits ayant une composante économique (*Catégorie 2*) et 3) le titre ancestral (*Catégorie 3*). Les présents tableaux retracent les exemples d'objectifs et moyens accueillis par les juges en fonction de la nature du droit ancestral en cause et présente, d'une manière simplifiée, le processus de pondération utilisé dans la justification des atteintes. À partir de cette présentation, nous avons pour objectif de mettre en lumière le sens et le rôle de l'*intérêt supérieur du public* dans le cadre de la justification des atteintes aux *droits ancestraux*. Comme cela a été précisé en introduction, les décisions analysées sont ceux de la Cour suprême, de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec, qui ont été rendues à partir de l'affaire *Sparrow*.

³³⁹ J. Leclair et M. Morin, *supra* note 228.

2.1. Catégorie 1 : droits ancestraux dits de subsistance

Décision	Réception de l'objectif avancé et pondération se rapportant à l' <i>intérêt supérieur du public</i>
UN SEUL OBJECTIF : CONSERVATION ET GESTION DES RESSOURCES	
<i>Sparrow</i> ³⁴⁰	<p>Principe : l'objectif de conservation et de gestion des ressources naturelles est un objectif régulier et suffisant (p. 1114).</p> <p>Mais pour satisfaire à l'obligation de fiduciaire, il n'est pas possible d'avancer seulement que l'objectif se rapportant à la conservation des ressources est d'intérêt public. La gestion des ressources doit permettre de satisfaire prioritairement (priorité absolue) aux besoins alimentaires du groupe autochtone concerné et adaptés à leurs droits. L'État doit alors prouver que son plan de répartition des ressources lié à la conservation satisfasse bien à cette condition et qu'elle ne nie pas aux titulaires la possibilité d'exercer leurs <i>droits ancestraux</i> par leurs moyens préférés (p. 1112).</p> <p>Ce sont les réponses du juge aux critères de l'étape de l'<i>atteinte à première vue</i> (la restriction est-elle déraisonnable? Le règlement est-il indûment rigoureux? Le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer?) qui permettront plus tard aux tribunaux de pondérer <i>in fine</i> les effets négatifs de l'atteinte et les avantages de poursuivre l'objectif impérieux et réel pour l'<i>intérêt supérieur du public</i> (p. 1112).</p>
<i>Adams c. R.</i> , [1993] R.J.Q. 1011 ³⁴¹	<p>La Couronne, tout en admettant que le droit de subsistance était assujetti à la priorité qu'est la conservation, n'a pas démontré qu'elle avait pris en compte cette considération dans la mise en œuvre de son objectif de conservation. Au contraire, la Cour d'appel a relevé ici que la pêche sportive était la préoccupation principale après la conservation.</p> <p>En l'espèce, l'atteinte aurait été considérée comme injustifiée si le juge avait considéré que l'appelant avait réussi à démontrer qu'il détenait un droit ancestral de pêche sur le lieu du litige. Étant donné que cela ne fut pas le cas, il n'est pas possible de faire ressortir précisément la pondération au niveau de l'<i>intérêt général du public</i>.</p>
<i>Côté c. R.</i> [1993] R.J.Q. 1350 ³⁴²	<p>L'atteinte <i>prima facie</i> aux <i>droits ancestraux</i> est établie du fait que le permis de pêche que les Autochtones doivent obtenir pour exercer leurs <i>droits ancestraux</i> est identique à celui devant être obtenu par les allochtones et que l'accès au territoire est soumis au paiement de droits. Toutefois, la Cour d'appel a considéré que, « dans les circonstances particulières de l'espèce », l'atteinte est justifiée du fait que les restrictions imposées par les mesures attentatoires</p>

³⁴⁰ *Sparrow*, *supra* note 14

³⁴¹ *Adams c. R.*, [1993] R.J.Q. 1011 (Q.C.C.A.), décision qui sera portée en pourvoi devant la Cour suprême. Voir *Adams*, *supra* note 16.

³⁴² *Côté c. R.* [1993] R.J.Q. 1350 (ci-après *Côté* (C.A.)), décision qui sera également portée en pourvoi devant la Cour suprême. Voir *Côté*, *supra* note 15.

	<p>(permis et droit d'entrée) n'étaient pas importantes et satisfaisaient à l'obligation de fiduciaire (<i>conclusion</i>).</p> <p>À la date de l'arrêt, le critère de la pondération au niveau de l'<i>intérêt supérieur du public</i> n'était pas établi précisément. Il est néanmoins possible de considérer que la pondération réalisée reposait sur les critères de <i>Sparrow</i> à l'étape de l'atteinte <i>prima facie</i> : le droit d'entrée et l'exigence du permis imposé n'a pas des effets négatifs plus importants que les avantages découlant de l'exigence du permis, instrument permettant de gérer une faune de plus en plus menacée, et de celle d'un droit d'entrée, droits permettant un meilleur accès au territoire pour les autochtones et les allochtones.</p>
<i>Nikal</i> ³⁴³	<p>Le droit ancestral a été établi dans cette affaire (<i>para. 88</i>). La Cour confirme que « <u>la simple obligation d'être titulaire d'un permis n'est pas en soi déraisonnable</u>, mais [peut] au contraire [être] nécessaire à l'exercice du droit [ancestral] lui-même » (<i>para. 99</i>). [Nous soulignons.] Il estime que le gouvernement ne peut être privé de la compétence d'ordonner un régime de délivrance de permis « car l'exercice du droit lui-même dépend de la survie de ces ressources » (<i>para. 94</i>). Il avance aussi qu'un permis gratuit et facile à obtenir ne « peut être considéré comme étant une mesure indûment rigoureuse » [nous soulignons.] et que bien que le règlement en cause permette de recourir aux moyens préférés, plusieurs des conditions figurant sur le permis (obligatoires ou relevant d'un pouvoir discrétionnaire) sont attentatoires (<i>para. 100; 103-106</i>).</p> <p><u>Autres éléments importants :</u></p> <p>Le juge pose l'idée selon laquelle le concept de <i>caractère raisonnable</i> fait partie intégrante du critère de justification des atteintes. Ainsi lorsqu'il s'agit de contrôler les moyens utilisés pour la mise en œuvre de l'objectif, ce concept permet de conclure, selon les circonstances, qu'une atteinte est justifiée si par exemple : 1) il est raisonnablement possible de considérer qu'on a porté atteinte le moins possible aux droits en cause, ou 2) dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter (<i>para. 106-110</i>).</p> <p>En l'espèce, aucune preuve n'a été apportée par le gouvernement pour justifier les conditions qui sont fixés dans le permis. L'atteinte est alors jugée injustifiée sans que nous puissions réaliser une analyse de la pondération.</p>
<i>Van der Peet</i> ³⁴⁴	<p>La Cour suprême avait conclu, au vu des critères qu'elle a posé et de l'appréciation du juge du procès, qu'il n'est pas établi dans le cas de l'espèce que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone avant le contact avec les Européens (<i>p. 69</i>). Elle n'a pas eu à réaliser un contrôle sur la justification des atteintes.</p> <p><u>Important :</u></p> <p>Ici, le juge en chef avance qu'à l'étape de la justification des atteintes « les tribunaux sont appelés à mettre en équilibre et à concilier les intérêts opposés des peuples autochtones d'une part, et ceux du reste de la société canadienne ».</p>

³⁴³ *Nikal*, *supra* note 304.

³⁴⁴ *Van der Peet*, *supra* note 12.

	d'autre part » (<i>p. 84</i>). Cette vision est contraire à l'idée qui ressortira majoritairement de la jurisprudence à savoir que « [l]e principe directeur ne repose pas sur les intérêts opposés mais sur la conciliation » ³⁴⁵ . [Nous soulignons.]
<i>Adams</i> ³⁴⁶	<p>La partie autochtone, appelante dans cette affaire, a démontré être titulaire d'un droit ancestral de subsistance en appliquant les critères énoncés dans <i>Van der Peet</i> (<i>para. 46</i>).</p> <p>Pour conclure qu'il y a atteinte, la Cour suprême relève que les Autochtones concernés ne peuvent exercer leur droit ancestral qu'à la seule discrétion du ministre, sans qu'une ligne directrice ne soit prévue dans le règlement pour exercer ce pouvoir discrétionnaire (<i>para. 51</i>). De plus, la Cour suprême relève que le régime mis en place n'accorde pas la priorité au droit ancestral de subsistance, et qu'au vu des témoignages, il ressortait clairement qu'il était impossible pour un Autochtone de se voir accorder un permis spécial (<i>para. 59</i>).</p> <p>Pour démontrer finalement que cette atteinte est injustifiée la Cour relève que la mise en valeur de la pêche sportive n'est pas à elle seule, un objectif impérieux et réel justifiant une atteinte à un droit ancestral (<i>para. 58</i>).</p> <p>Important :</p> <p>La Cour pose ici une ligne directrice : « Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones [...]. Si une loi confère <u>un pouvoir discrétionnaire</u> administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, <u>cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux</u>. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans <i>Sparrow</i>, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux » (<i>para. 54</i>).</p>
<i>Côté</i> ³⁴⁷	<p>La Cour suprême, en reprenant sa conclusion dans <i>Adams</i>, juge que l'atteinte aux droits de subsistance par l'une des deux mesures contestées (pouvoir discrétionnaire non balisé; impossibilité de recourir au moyen préféré pour exercer les <i>droits ancestraux</i>) est injustifiée (objectif non impérieux et réel car le « <u>régime semblait guidé par le désir de favoriser la pêche sportive</u> » [nous soulignons]) (<i>para. 76;82</i>).</p> <p>Mais pour la seconde mesure, elle estime que le critère posé dans <i>Sparrow</i>, selon lequel un texte réglementaire peut être considéré comme portant atteinte à un droit ancestral s'il conditionne l'exercice d'un tel droit au paiement à l'État de droits d'utilisation, n'est pas recevable en l'espèce. Pour le juge en chef, les circonstances l'ont convaincu que le droit d'entrée exigé à la zone terrestre ne porte pas atteinte aux droits ancestraux : le coût n'est exigé que si l'on souhaite accéder par le biais d'un véhicule automobile et, selon lui, les</p>

³⁴⁵ *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, *para. 17*.

³⁴⁶ *Adams*, *supra* note 16.

³⁴⁷ *Côté*, *supra* note 15.

	<p>droits d'accès sont des droits d'utilisation à ses yeux et non une recherche de profits (<i>para.</i> 77-80). Il n'a pas été nécessaire de passer à l'étape de la justification.</p>
<i>Constant c. Québec (Procureur général); Goulet c. Québec (Procureur général), [2003] R.J.Q. 357</i> ³⁴⁸	<p>La Cour d'appel reconnaît que la mesure réglementaire porte atteinte aux droits de subsistance étant donné que la pêche à la ligne avec des poissons-appâts vivants est un moyen usuel, simple, efficace et privilégié de pêcher pour le groupe autochtone concerné (<i>para.</i> 32-33).</p> <p>L'objectif quant à lui est bien impérieux et réel : « on tente d'empêcher l'introduction d'espèces exogènes dans un écosystème donné afin de préserver la biodiversité des lacs et rivières et l'habitat naturel des espèce » (<i>para.</i> 35).</p> <p>Ici, comme il s'agit de restriction se rapportant au moyen utilisé, la question de l'obligation fiduciaire s'est donc posée autrement. Au lieu de rechercher si la mesure attribue un ordre de priorité, le juge en contrôlant notamment le respect par la Couronne de son obligation de consultation, cherche à savoir si elle a cherché à porter le moins possible atteinte aux droits de subsistance (atteinte minimale) (<i>para.</i> 38). Il se réfère au critère du caractère raisonnable.</p> <p>La Cour conclut que l'atteinte est justifiée malgré le non-respect de l'obligation de consultation, car à son sens s'ils avaient été consultés cela n'aurait pas changé la situation (<i>para.</i> 53-54). Au niveau de la <i>pondération finale</i>, les conséquences positives d'une telle mesure « sont importantes non seulement au plan environnemental, mais aussi au plan économique. La diminution des rendements de pêche et la nécessité de restaurer des plans d'eau contaminés ont un impact socioéconomique important » (<i>para.</i> 45). Les effets négatifs de la restriction sur l'utilisation du moyen privilégié ne sont dès lors pas jugés supérieurs à ces effets positifs.</p> <p>Sa conclusion rejoint, à certains égards, celle de la Cour supérieure, mais en diffère largement. Elle a plutôt considéré que l'interdiction absolue d'utiliser des poissons-appâts outrepasse l'objectif de conservation en ce qu'elle empêche indûment l'exercice d'activités ne comportant aucun risque de contamination (comme la pêche à l'aide d'appâts provenant du même bassin).</p>

DEUX OBJECTIFS : OBJECTIF DE CONSERVATION ET DE GESTION DES RESSOURCES ET OBJECTIF ÉCONOMIQUE

³⁴⁸ *Constant c. Québec (Procureur général); Goulet c. Québec (Procureur général), [2003] R.J.Q. 357 (Q.C.C.A.)*.

<p><i>Young c. Québec</i>³⁴⁹</p>	<p>1) Alors que le juge de la Cour du Québec avait conclu que l'atteinte était injustifiée (mesure attribuant des pourvoiries) du fait que les pourvoiries à droits exclusifs ne représentent que des entreprises commerciales visant à promouvoir la pêche sportive plutôt que la conservation de la faune au vu des preuves soumises; le juge de la Cour supérieure a de son côté considéré que les retombées économiques importantes de la pêche sportive faisaient en sorte qu'elle sert un objectif économique important justifiant l'atteinte (<i>para. 26-36</i>).</p> <p>2) Ici, la Cour d'appel du Québec reçoit la conclusion de la Cour supérieure en estimant « qu'il découle de la preuve que le système de pourvoiries avec droits exclusifs permet, dans une certaine mesure, aux Autochtones de participer de manière privilégiée au développement économique de leur région » (<i>para. 37</i>) et que « la poursuite d'objectifs économiques par le développement de l'utilisation des ressources et la promotion d'activités récréatives s'allie à l'objectif primordial de la conservation de la ressource » (<i>para. 36</i>).</p> <p>3) Elle conclut que malgré que l'objectif soit valide, les Autochtones concernés sont privés d'un droit d'accès prioritaire et facile à la ressource et que la consultation aurait permis de mettre en œuvre des mesures moins attentatoires. Elle relève donc que l'atteinte à leurs droits de subsistance n'est pas justifiée dans le cas de l'espèce (<i>para. 25</i>).</p>
---------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Le lecteur relèvera de cette présentation que, dans le cas des droits de subsistance, droits considérés par la Cour suprême comme détenant des limites intrinsèques³⁵⁰, les litiges portent le plus souvent sur des mesures étatiques de conservation et de gestion des ressources et des écosystèmes. De tels objectifs entrent automatiquement dans la catégorie des objectifs législatifs impérieux et réels, suffisamment importants pour la société dans son ensemble. En reprenant les termes du juge Beaudoin, « c'est presque devenu maintenant un lieu commun ou une lapalissade que de l'affirmer »³⁵¹. De l'analyse du contrôle de l'obligation de fiduciaire, nous posons que dans le futur si la Couronne démontre au juge : 1) qu'elle avait respecté son obligation de consultation (*atteinte minimale*)³⁵², 2) que les mesures prises sont appropriées parce qu'elles prennent en compte la priorisation absolue des *droits ancestraux* de subsistance ou le moyen préféré de les exercer (*atteinte minimale*) et 3) qu'elles sont nécessaires pour atteindre l'objectif de conservation (*lien rationnel*), les avantages découlant de ses mesures au point de vue l'*intérêt supérieur du public* seront plus facilement considérés

³⁴⁹ *Young c. Québec*, *supra* note 304.

³⁵⁰ Voir la distinction avec les droits ne détenant pas de limites intrinsèques : *Gladstone*, *supra* note 15, *para. 57*

³⁵¹ *R. c. Côté (C.A)*, *supra* note 344.

³⁵² Une exigence qui s'est précisée au cours des différents litiges portés devant la Cour suprême, surtout ceux traitant des titres ancestraux.

par les tribunaux comme supérieurs aux effets préjudiciables sur les intérêts autochtones et donc justifier l'atteinte. Il serait possible de pressentir, qu'en cas d'indemnisation, l'État pourrait davantage arguer d'une atténuation des effets négatifs de la mesure sur le droit ancestral³⁵³. Jusqu'ici, dans le cadre des litiges où il a été jugé de la non-satisfaction de l'obligation fiduciaire, les pouvoirs législatifs et réglementaires n'avaient pas une visibilité claire concernant les exigences de la Cour suprême et il leur était souvent reproché de ne pas apporter des preuves pour étayer leurs arguments de justification³⁵⁴.

Les objectifs d'ordre économique (et non de conservation) peuvent être également invoqués par l'État pour justifier des atteintes aux *droits ancestraux* de subsistance au Québec³⁵⁵. Dans ce cas, la *pondération finale* semble prendre en compte les mêmes éléments susmentionnés, mais pourrait plus aisément faire pencher la balance en faveur de l'*intérêt supérieur du public* si l'État convainc le juge que les avantages découlant de la mesure économique rejoignent en même temps un objectif de conservation (ce qui ferait augmenter les avantages pour tous)³⁵⁶ ou qu'ils sont à la fois d'une grande importance pour la société, mais également dans l'intérêt des Autochtones (intérêt économique régional par exemple). À noter que dans ce cas de figure, le recours à un *test de raisonnableté* fait reposer sur le juge l'analyse des avantages et des inconvénients subis par la partie autochtone – indépendamment de la manifestation de ses besoins et intérêts (comme l'a montré par exemple l'affaire *Constant*, où la perspective subjective des Autochtones n'a pas été considérée comme étant utile par la Cour d'appel). En ce sens, cette approche risque d'accroître la méfiance envers les institutions étatiques et risque, ce faisant, de porter atteinte à l'objectif de réconciliation poursuivi par le para. 35(1). Car, faut-il le rappeler, les premières personnes à savoir ce qui est dans leur intérêt, ce sont les personnes concernées. Par ailleurs, nous relevons le même risque vis-à-vis d'un autre discours. Dans l'affaire *Young*, les cours québécoises avaient considéré que : « le système de pourvoiries avec droits exclusifs permet, dans une certaine mesure, aux autochtones de participer de manière privilégiée au

³⁵³ Bien que *Sparrow* fasse mention d'une indemnisation juste en cas d'expropriation, il est possible de s'attendre à ce qu'elle puisse être prévue en cas de mise en place de projets économiques ne poursuivant pas en même temps un objectif de conservation.

³⁵⁴ A titre d'exemple, voir *supra* note 337.

³⁵⁵ *Young c. Québec*, *supra* note 304.

³⁵⁶ En présence de pourvoiries, la Cour d'appel et la Cour supérieure avaient jugé que : « la poursuite d'objectifs économiques par le développement de l'utilisation des ressources et la promotion d'activités récréatives s'allie à l'objectif primordial de la conservation de la ressource » : *Young c. Québec*, *supra* note 304, para. 36.

développement économique de leur région »³⁵⁷. Ici le juge se prononce au nom des premiers intéressés, et pourrait donc à l'étape de la *pondération finale* voir des effets positifs là où le groupe touché par la mesure ne voit que des effets négatifs. Si nous prenons en compte le fait que le développement économique d'une région du Québec est sous la compétence provinciale, rien ne présuppose que la volonté des peuples autochtones, dont la protection des intérêts n'a pas été garantie dans cette région, est de participer à ce développement.

2.2. Catégorie 2 : les droits ancestraux de commerçer ou d'échanger des biens

Décision	Réception de l'objectif avancé et pondération se rapportant à l' <i>intérêt supérieur du public</i>
PLUSIEURS OBJECTIFS : OBJECTIF DE CONSERVATION ET DE GESTION DES RESSOURCES, OBJECTIF ÉCONOMIQUE, OBJECTIF D'ÉQUITÉ RÉGIONALE ...	
<i>Gladstone</i> ³⁵⁸	<p>Il a été prouvé, aux yeux de la Cour, que les échanges commerciaux d'une sorte de poisson faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone avant l'arrivée des Européens. Elle a dès lors estimé que le droit ancestral d'échanger ce poisson sur une échelle commerciale est établi (<i>para. 27</i>).</p> <p>Du point de vue du juge en chef, un tel droit ne comporte pas une limite intrinsèque contrairement aux droits de subsistance : « [I]es seules limites aux besoins des Heiltsuk en matière de rogne de hareng sur varech destinée à la vente commerciale sont les restrictions extrinsèques dictées par la demande du marché et la disponibilité de la ressource » (<i>para. 57</i>). Il estime alors qu'un droit ancestral à des fins commerciales ne peut suivre l'ordre de priorité établi dans <i>Sparrow</i>, sinon cela reviendrait à accorder un droit exclusif d'utilisation de la ressource en faveur du groupe autochtone (car n'a pas de limite intrinsèque : une quantité disponible nécessaire pour une subsistance raisonnable). En présence de droits ancestraux commerciaux, les tribunaux doivent plutôt contrôler si les actions de l'État ont tenu compte de l'existence et de l'importance du droit ancestral, et non pas si elle aurait utilisé « le moyen le moins draconien » dans son atteinte (<i>para. 64</i>). Pourtant dans <i>Nikal</i>, la Cour avait conclu que même en présence de droits de subsistance, « [I]e simple fait qu'il pourrait y avoir d'autres solutions susceptibles d'être jugées moins attentatoires ne devrait pas être en soi une raison de conclure automatiquement que l'atteinte ne peut être justifiée »³⁵⁹.</p> <p>En présence de droits ancestraux à des fins commerciales, la Cour affirme que « une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones</p>

³⁵⁷ *Ibid.*, para. 37.

³⁵⁸ *Gladstone*, *supra* note 15.

³⁵⁹ *Nikal*, *supra* note 304, para. 110

	<p>comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) » de constituer un objectif impérieux et réel (<i>para. 75</i>).</p> <p>Malgré le principe d'interprétation libérale, la Cour a décidé de « s'en remettre à l'approche appliquée par l'État dans la gestion des pêches » (<i>para. 83</i>). Ici, la Cour n'opère pas un contrôle de justification complet et elle renvoie la question à la juridiction de première instance.</p> <p>Considérations importantes en matière de droits de commerçer :</p> <p>La Cour donne des exemples de questions que les tribunaux peuvent se poser pour savoir si l'État a donné la priorité aux Autochtones dans le cadre d'un tel droit (liste non exhaustive) : 1) Des <u>consultations</u> et indemnisations ont-elles eu lieu? (<i>Sparrow</i>); 2) Est-ce que l'État a facilité l'exercice du droit ancestral (ex. : en réduisant les droits exigés pour les permis) ?; 3) Est-ce que les objectifs poursuivis par l'État « reflètent la nécessité de tenir compte du droit de priorité des titulaires de droits ancestraux »; 4) Est-ce que la participation des titulaires du droit ancestral à l'exploitation de la ressource est au prorata du pourcentage de la population du groupe autochtone par rapport à la population totale ?; 5) Comment l'État a-t-il concilié les droits ancestraux existants (à des fins alimentaires par rapport à ceux à des fins commerciales) ?; 6) Quelle est l'importance de l'exercice du droit ancestral pour « le bien-être économique et matériel » du groupe; 7) Quels sont les critères que l'État applique ? (<i>para. 64</i>).</p>
<i>Adams</i> ³⁶⁰	Dans cette affaire, nous lisons que « [c]ontrairement au droit de pêcher commercialement, le droit de pêcher à des fins alimentaires est un droit qui doit se voir accorder la priorité, une fois qu'il a été tenu compte des besoins en matière de conservation » (<i>para. 59</i>) Pourtant, dans <i>Gladstone</i> , un arrêt visé par cette affirmation et rendu quelques mois auparavant, le juge en chef Lamer parlait bien de l'existence d'un <u>droit de priorité</u> en présence de droits à des fins commerciales, qui « sans aller jusqu'à l'exclusivité, donne néanmoins préséance au droit ancestral » (<i>para. 63</i>).
<i>Bande indienne des Lax Kw'alaams</i> ³⁶¹	<p>À <i>priori</i> de l'analyse, nous avons senti le besoin de partager une remarque. Dans cette affaire, il nous semble qu'autant dans les conclusions du juge du procès que dans celles de la Cour suprême, une posture particulière est tenue par les juges. Ceux-ci posent des principes dans l'ordre juridique canadien et établissent leurs propres critères pour fonder l'existence ou non de droits ancestraux, sans recevoir le consentement des peuples autochtones, <u>et pourtant s'offrent la possibilité de critiquer les méthodes de revendication de ces derniers</u>.</p> <p>Ici, il s'agissait d'une revendication d'un droit ancestral de récolter et de vendre commercialement toutes les espèces de poisson vivant dans les eaux traditionnelles des Lax Kw'alaams et d'autres premières nations. Étant donné qu'un tel droit n'a pas été établi aux yeux de la Cour, il n'a pas été question d'aller sur le terrain de la justification. Néanmoins, une formule importante a attiré notre attention : « si l'on constate l'existence d'un droit ancestral de pêcher <i>commercialement</i>, le tribunal devra déterminer la teneur de ce droit [en</p>

³⁶⁰ *Adams*, *supra* note 16, *para. 59*.

³⁶¹ *Bande indienne des Lax Ka'alaams*, *supra* note 272.

	tenant compte des objectifs de conservation et des autres objectifs pertinents] » (<i>para. 46(4)</i>). En fait, cela voudrait dire concrètement que le contenu du droit ancestral à des fins commerciales n'est pas seulement considéré selon les critères pré-contact, mais aussi selon les objectifs déclarés par l'État au moment de l'atteinte ainsi que du contexte politique et économique dans lequel les différents objectifs étatiques sont conciliés (<i>para. 46</i>) ³⁶² .
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Le lecteur relèvera de ces quelques décisions que, dans le cas des droits ancestraux de commerçer ou d'échanger des biens, considérés par la Cour suprême comme dépourvus de limites intrinsèques³⁶³, les litiges peuvent porter à la fois sur les mesures de conservation que sur des objectifs extérieurs à cette fin. Une restriction étatique justifiée par un objectif de conservation est donc recevable en tant qu'objectif impérieux et réel, mais doit toutefois satisfaire au critère de proportionnalité en donnant préséance aux *droits ancestraux* (d'abord de subsistance, ensuite ceux à des fins commerciales lorsqu'une telle exigence de priorité est applicable au cas de l'espèce). Il suffit à l'État, pour y faire, de démontrer « que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire »³⁶⁴. Par contre, pour que des objectifs politiques et économiques³⁶⁵ puissent faire au *test de justification*, ils devront, selon notre compréhension du discours de la Cour suprême, être minutieusement étudiés. Notre recherche n'a pas permis de relever, de décisions rendues au Québec, lesquelles nous auraient permis l'application du test de la Cour suprême en contexte québécois. Toutefois, les questions proposées dans l'affaire *Gladstone* nous orientent. L'une d'entre elles attire particulièrement notre attention, soit celle cherchant à déterminer l'importance de l'exercice du droit ancestral pour le bien-être économique et matériel du groupe³⁶⁶. À l'étape de la *pondération*, cela reviendrait-il à mettre en confrontation seulement des coûts matériels et économiques, écartant dès lors les inconvénients et préjudices non matériels ou non économiques qui pourraient être mis de l'avant par les peuples concernés (ex. : atteintes aux droits culturels, aux droits linguistiques, aux droits religieux ou aux droits de nature sociétale). Le cas échéant, l'application du test de justification serait largement

³⁶² Si nous prenons en compte le renvoi du juge Binnie aux affaires *Gladstone* et *Marshall* :*ibid.*, para. 46.

³⁶³ Les seules limitations existantes aux yeux de la Cour sont les limites extrinsèques qu'elle relève : (1) demande du marché et (2) disponibilité de la ressource : *Gladstone*, *supra* note 15, para. 57.

³⁶⁴ *Gladstone*, *supra* note 15, para. 62

³⁶⁵ Tels que la recherche de l'équité sur le plan économique et régional et la reconnaissance de l'existence de groupes non autochtones comptant sur les ressources naturelles. *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 75

³⁶⁶ Voir la question dans tableau ci haut : 6) Quelle est l'importance de l'exercice du droit ancestral pour « le bien-être économique et matériel » du groupe ? *Gladstone*, *supra* note 15, para. 64.

attentatoire aux normes internationales et, au premier chef, à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*³⁶⁷ qui pose l'autodétermination comme principe directeur, comme le rappelle son article 3 : « [l]es peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »³⁶⁸. En d'autres termes, en réduisant les effets négatifs à des dommages ou coûts matériels et économiques, la Cour se méprendrait sur l'intérêt des peuples autochtones, les réduisant à une peau de chagrin, qu'elle met pourtant en balance avec les intérêts supérieurs de l'État et de la société en général.

2.3. Catégorie 3 : le titre ancestral

Décision	Réception de l'objectif avancé et pondération se rapportant à l' <i>intérêt supérieur du public</i>
DEUX OBJECTIFS : OBJECTIF ÉCONOMIQUE (extension des industries, développement économique général de l'intérieur de la Province, infrastructures et peuplement) ET OBJECTIF DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET DES ESPÈCES MENACÉES	
<i>Delgamuukw</i> ³⁶⁹	<p>Dans cette affaire, sont relevées des vices aux actes de procédure appelant à renvoyer l'affaire et à tenir un nouveau procès.</p> <p>À l'étape de l'examen des rapports de fiduciaires, considérant que « [o]utre la variation de l'obligation de fiduciaire du point de vue de la <u>forme</u>, il y a aussi variation du degré d'examen -- requis par cette obligation -- de la mesure ou de l'acte qui porte atteinte au droit » (<i>para. 163</i>), la Cour pose les éléments pertinents à considérer à cette étape en présence d'un titre ancestral :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Le degré d'examen de la mesure législative ou réglementaire attentatoire doit prendre en compte la <u>nature exclusive du titre</u> (droit d'utilisation et d'occupation des terres d'une manière exclusive). La Cour estime que s'il s'agit d'accorder la préséance au titre, il faudra contrôler le respect d'un ordre de priorité semblable à celui opéré en présence de droits ancestraux commerciaux³⁷⁰ (<i>para. 163; 164; 166; 167</i>) 2) La participation des peuples autochtones à la prise de décision concernant leurs terres (obligation de consultation dépassant une simple consultation) permet de satisfaire à l'obligation de fiduciaire (car le titre ancestral offre la

³⁶⁷ *Déclaration des Nations unies*, *supra*, note 7.

³⁶⁸ *Ibid.*, art. 3.

³⁶⁹ *Delgamuuk*, *supra* note 14.

³⁷⁰ Voir *Gladstone*, *supra* note 15, para. 64. Ces questions (liste non exhaustive) ont été posée dans le tableau précédent.

	<p>possibilité au groupe autochtone de choisir l'usage des terres, sous réserve de la condition de la <i>continuité du rapport</i>) (<i>para. 168</i>).</p> <p>3) Une juste indemnisation est nécessaire (généralement) en cas d'atteinte à un titre ancestral, car les terres greffées d'un titre ancestral ont « une composante économique inéluctable ». L'indemnisation est en fonction (1) du titre ancestral; (2) de la nature de l'atteinte; (3) de la gravité de l'atteinte et (4) du degré de prise en compte des intérêts autochtones en cause (<i>para. 169</i>).</p>
<i>Tsilhqot'in</i>	<p>Une affaire très importante en ce qui concerne les exigences liées à l'obligation de consultation et d'accommodement en présence de droits ancestraux et du titre ancestral. Nous avons eu l'occasion de présenter l'apport de cette décision en matière d'exigence de proportionnalité, nous le posons ici une nouvelle fois :</p> <p>L'atteinte doit être : 1) nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ou réglementaire (lien rationnel); 2) appropriée (atteinte minimale); et 3) dont les effets préjudiciables sur « l'intérêt autochtone » ne doivent pas être supérieurs aux avantages découlant de l'objectif législatif (proportionnalité des effets)³⁷¹.</p> <p>C'est grâce à cette décision, que nous pourrons relever plus tard la logique poursuivie par la Cour suprême au moment de la <i>pondération finale</i> (proportionnalité des effets). Nous aurons l'occasion d'y revenir.</p>

En clair, le titre ancestral est considéré par la Cour suprême comme détenant une limite intrinsèque différente de celle des droits ancestraux de commerçer : 1) l'usage de la terre est limité par la nature de l'attachement de la *collectivité* autochtone à la terre (nature collective, activités qui ont été exercées, utilisation faite dans le passé) afin de permettre la continuation de ce rapport pour les générations futures³⁷²; et 2) les terres sont inaliénables, sauf si la cession est consentie en faveur de la Couronne³⁷³. Dans le cas d'un titre revendiqué et non encore établi, la Couronne doit démontrer seulement avoir satisfait à son obligation de consultation³⁷⁴. Dans le cas d'un titre qui a été établi, il faudra satisfaire aux exigences du

³⁷¹ Le test n'a pas été établi de cette manière dans l'arrêt *Sparrow* ou dans les décisions qui suivirent. Il faudra attendre l'arrêt *Tsilqot'in* pour voir apparaître un tel cadre d'analyse de la proportionnalité. Le contrôle de l'obligation de consultation et d'accommodement se fait à une étape préalable tout en influençant la *pondération finale*. Par ailleurs les éléments pris en compte dans la détermination de cette proportionnalité dépendent du type de droit en cause (droit de subsistance, droit avec une composante économique, titre ancestral) et des circonstances factuelles de chaque cas. Voir *Chapitre 1, Partie 2, Section 2*.

³⁷² *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 117; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para 15.

³⁷³ Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont inaliénables selon la Cour suprême parce qu'elles ont en elles-mêmes une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruirait cette valeur (pour les générations actuelle et futures) Selon le juge en chef Lamer, « [s]i les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène » : *Delgamuukw*, note 14, para. 131.

³⁷⁴ *Nation haïda*, *supra* note 225, para.3; *Uashaunnuat*, *supra* note 12, para. 17.

test de justification. Sur la base des décisions parcourues, tout objectif politique vu par le juge comme suffisamment important pour la société canadienne (ou québécoise) et poursuivant un objectif de conciliation sera considéré comme impérieux et réel (économique, conservation des ressources, peuplement, etc.)³⁷⁵. Dans le contrôle du respect de l'obligation de fiduciaire, les tribunaux sont appelés à procéder de trois manières, dépendamment de la situation qui se présente : 1) contrôler, dans tous les cas, au préalable, le respect de l'obligation de consultation et d'accommodelement³⁷⁶, 2) si applicable, considérer l'ordre de priorité établi dans *Gladstone* tout en tenant compte de la nature exclusive du titre qui appelle à un examen plus important³⁷⁷; 3) compte tenu de la « composante économique inéluctable » des terres sur lesquels un titre ancestral existe, une juste indemnisation doit être recherchée, laquelle varie en fonction du titre ancestral en cause, de la nature et de la gravité de l'atteinte ainsi que du degré de prise en compte des intérêts autochtones concernés³⁷⁸. Les terres greffées d'un titre ancestral sont soumises à une multitude de contraintes normatives développées par la Cour suprême. Ces contraintes sont encore marquées par un *essentialisme*³⁷⁹ malgré le discours voulant qu'un revirement ait été opéré³⁸⁰, laissant ouverte la question de la pertinence de la méthode poursuivie par la haute juridiction dans la reconnaissance des droits ancestraux et plus particulièrement du titre ancestral. Avec une impossibilité de céder les terres ou de les utiliser d'une manière qui irait à l'encontre de la valeur intrinsèque sur cette terre commandant une conservation des ressources pour les générations futures, les peuples autochtones sont encore sous le joug d'une définition étatique de leurs droits qui limite leur autonomie à décider pour eux-mêmes. Il est d'ailleurs marquant

³⁷⁵ À titre d'exemple, dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour admet que « **une fois que les objectifs de conservation ont été respectés**, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) » de constituer un objectif impérieux et réel. *Delgamuukw*, supra note 14, para. 75.

³⁷⁶ *Ibid.*, para. 108.

³⁷⁷ *Ibid.*, para. 163-164 et 166-167.

³⁷⁸ *Ibid.*, para. 169.

³⁷⁹ Un essentialisme existant dans la reconnaissance de tous les droits ancestraux. Voir André Binette, « L'identité constitutionnelle autochtone » (2019), 109 : 8 *Action nationale* 84, pp. 84-118.

³⁸⁰ Le discours de la juge McLachlin laissait entendre en 2003 que le para. 35(1) permettait « l'épanouissement des intérêts [des] membres [de la communauté autochtone] » et que « le paternalisme et l'exclusion [se voyaient] de plus en plus remplacés par le respect et l'accommodelement : Cour suprême du Canada, *La civilisation de la différence, Allocution prononcée par la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada*, Symposium LaFontaine-Baldwin, Halifax, 7 mars 2003, en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spec-dis/bm-2003-03-07-fra.aspx>.

de voir le juge appliquer ces limites aux peuples autochtones et non aux pouvoirs étatiques, alors même que ce sont ces derniers qui ont démontré dans l'histoire leur incapacité à gérer d'une manière optimale les ressources disponibles. Finalement, il apparaît que le titre ancestral est soumis à une plus grande vulnérabilité vis-à-vis des objectifs économiques puisque, d'un côté, les effets de tels objectifs peuvent être facilement mesurables, et de l'autre, peuvent plus aisément présenter un avantage supérieur pour tous si le juge applique une logique basée sur les avantages économiques pour les peuples autochtones d'une telle mesure³⁸¹. Cette situation reviendrait concrètement à limiter la capacité des peuples autochtones de tirer avantage de leurs territoires ancestraux, comme s'ils devenaient de simples propriétaires (sans l'être réellement et sans détenir les avantages de ce statut)³⁸² qu'on viendrait exproprier (sans que ce terme ne soit utilisé) en accordant une compensation pour les atteintes en cas de poursuite d'objectifs économiques par exemple (ex. : projet hydraulique).

³⁸¹ Voir *supra* note 366. Nous verrons lors de l'analyse poussée de la *pondération finale* au Chapitre 3, que la formulation choisie par la Cour suprême peut faire effectivement augmenter ces avantages.

³⁸² Les propriétaires détiennent des prérogatives de leur droit de propriété (usus, fructus, abusus, accessio). CcQ., *supra* note 750, art. 947. Les peuples autochtones sans disposer de telles prérogatives se voient soumis à des contraintes de dépassement de leur volonté se rapprochant d'une expropriation.

Chapitre 2. L'*intérêt général* en France : une « arme de poids » dans l'atteinte aux *droits d'usage collectifs*

Si pour comprendre la consécration des *droits d'usage collectifs* en Guyane³⁸³ il serait important, en premier lieu, comme pour le cas du Québec, de revenir sur l'histoire de l'occupation française dans cette région et sur son processus affirmatif de souveraineté, il conviendrait également de s'attarder sur le concept juridico-politique qu'est l'*intérêt général*. À contrario de l'image véhiculée chez les juristes anglo-saxons, le système français, dit de droit civil, n'est pas totalement étranger au système de *common law* relativement à la construction de concepts et principes juridiques. Il repose également sur un processus discursif qui dépend du contexte de production. En droit public, nous retrouvons cette situation lorsqu'il est question d'*intérêt général*.

Pour bien comprendre l'interprétation que font les juges français de ce concept, dans le contexte des *droits d'usage collectifs*, la première étape à suivre est de cerner les conditions de production de leurs discours. Alors qu'au Canada, le contexte historique est le plus déterminant dans la construction du discours relatif aux *droits ancestraux*, en France, le contexte institutionnel a une place prépondérante. D'un côté, le droit étatique s'impose et attribue des pouvoirs exorbitants à l'Administration pour la poursuite de l'*intérêt général*. De l'autre, le droit de l'outre-mer est marqué par une multiplicité, une asymétrie³⁸⁴ et un particularisme en lien avec sa source coloniale, qui impose de revenir sur le rôle assigné à certaines institutions dans la production des normes.

Une fois l'environnement juridico-politique entourant la mise en place de *droits d'usage collectifs* présenté, nous pourrons, dans la seconde partie, analyser le régime juridique applicable aux actes constatant ces droits et présenter les atteintes qui peuvent leur être portées par l'administration et qui sont justifiées par la poursuite de l'*intérêt général*.

³⁸³ Région monodépartementale française au sein de laquelle existent des droits territoriaux immémoriaux de peuples autochtones.

³⁸⁴ Didier Girard « Vouloir museler la presse d'opposition par la fiscalité constitue un détournement de pouvoir juridictionnellement sanctionnable, Note sous CE, 12 mai 2014, *Fédération générale du commerce et autres*, n° 370600, 370601, 370724, 371261 » (2014), R.G.D. [en ligne], n° 17897, en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17897.

Nous verrons ainsi la place centrale de ce concept dans le cadre du *contrôle de légalité* et du *contrôle de constitutionnalité*. Ici, les méthodes d'interprétation ne seront pas mises en évidence puisque les cours n'en font pas, en principe, référence :

L'interprétation, bien entendu se trouve au cœur même de l'acte de juger ; ne pas avoir de méthode d'interprétation ne signifie nullement que le juge subirait une sorte de vide conceptuel dont il chercherait à sortir. Bien au contraire, l'absence de méthode déterminée peut offrir au juge administratif une liberté, que ce dernier considère bien souvent comme nécessaire à la conduite de sa mission essentielle, qui est de trouver l'équilibre optimal entre l'intérêt général et les intérêts privés légitimes [...]³⁸⁵ [Nous soulignons.].

³⁸⁵ Jean-Jacques Louis, « Comprendre. Le juge administratif a-t-il une méthode d'interprétation ? », dans A.F.D.A. (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018, p. 39.

Partie 1. L'usurpation des droits territoriaux des peuples autochtones de Guyane dans l'ordre juridique français

Pour son voyage en Amérique méridionale³⁸⁶, Christoph Colomb aurait utilisé les connaissances des Amazigh, géographes arabes et autres peuples d'Afrique³⁸⁷. Quel triste sort que de voir, quelques siècles plus tard, la France déporter et forcer au travail leurs descendants en Guyane. La France semble être cette Nation, qui « par vanité ou par un esprit d'imitation »³⁸⁸ a maintenu cette région dans un climat d'oppression et d'assimilation.

L'exposition, dans un premier temps, des étapes de l'occupation française en Guyane et de l'affirmation de sa souveraineté sur le territoire permettra de mettre en lumière la dépossession territoriale des peuples autochtones et leur assimilation (section 1). L'analyse, dans un second temps, des modalités de la départementalisation de la Guyane permettront de présenter la continuation de cet état de fait et le contexte dans lequel a été déployé le mécanisme juridique limitant des *droits d'usage collectifs* (section 2).

Section 1. L'affirmation de la souveraineté française en Guyane et la dépossession territoriale des peuples autochtones

Les relations entretenues entre la France et les peuples autochtones tout au long de l'occupation française en Guyane dépendaient largement de l'espace géographique concerné et de son mode de gestion. Elles dépendaient également des orientations politiques et économiques de la métropole. L'État français a procédé, dès le début de la colonisation, à la dépossession territoriale des peuples autochtones du littoral, avant de « pénétrer » dans les terres intérieures au début du XX^e siècle. Considérant cette multiplicité de réalités selon le territoire concerné, d'un côté, et la complexité de l'histoire guyanaise et du droit colonial, de l'autre, il est bien entendu, que la présentation des étapes de l'occupation française et de

³⁸⁶ Les Amazighs et autres peuples d'Afrique ont réalisé des expéditions en direction de l'Amérique plusieurs siècles auparavant. D'après certaines sources historiques, ils auraient disposé de nombreuses informations sur les territoires au-delà de la « mer des Ténèbres ». Colomb étant originaire d'Andalousie, il semble avoir été en étroite collaboration avec ces peuples. Lire notamment Muhammad Hamidullah, « L'Afrique découvre l'Amérique avant Christophe Colomb » (1958), 18-19 : 1 *Présence Africaine* 173, pp. 173-183..

³⁸⁷ Leur présence est attestée par les voyageurs accompagnant Colomb qui « avaient non seulement rencontré les Noirs en Amérique, mais ils disent même qu'il y avait des guerres constantes entre ces Noirs et les autochtones d'Amérique à peau rouge ». Elle est également confirmée par Colomb lui-même qui parle notamment de pirogues de marchandises entre la Guinée et les Amériques : *ibid.*, pp. 179-180.

³⁸⁸ Arsène Dumont, « Aptitude de la France à fournir des colons (suite et fin) » (2014), 41 *Journal de la société statistique de Paris* 80-86, en ligne : http://www.numdam.org/article/JSSFS_1900_41_80_0.pdf.

l'affirmation de sa souveraineté, ici, est insuffisante pour dresser une image fidèle de la situation. Elle sera toutefois suffisante pour atteindre les objectifs que nous nous sommes fixés.

1. Une première politique coloniale commerciale et missionnaire

L'histoire voudrait qu'une légende ait motivé les Européens à chercher une province de Ouyana – qui aurait emprunté son nom à la Guyane – et la ville de Manoa d'Eldorado pour leurs richesses en or³⁸⁹. C'est avec pour volonté d'exploiter ces ressources que les Français tenteront de s'établir dans les territoires qui seront appelés plus tard les *quatre Guyanes*³⁹⁰. Face à l'échec de leurs entreprises³⁹¹, ils essaieront plus au nord, dans une partie de l'actuelle Guyane³⁹². Cet essai fut d'abord celui des marchands de Rouen, qui, bénéficiant du privilège de commerce et de navigation dans les territoires d'entre l'Amazone et l'Orénoque, envoient des colons et des captifs³⁹³. Le peuplement de la Guyane ne revêtait un intérêt pour la France que dans la mesure où il lui permettait de développer sa production nationale³⁹⁴. Mais les compagnies françaises ne réussiront pas à s'installer³⁹⁵. Les Galibis se sont opposés fermement à leur établissement³⁹⁶. À leur sujet, le gouverneur La Barre avait

³⁸⁹ Léon Rivière, *La Guyane française en 1865 : aperçu géographique, historique, législatif, agricole, industriel et commercial*, Cayenne, Imprimerie du Gouvernement, 1866 (ci-après Rivière), p. 2, Gérard Collomb et Martijn Van den Bel (éd.), *Entre deux mondes : Amérindiens et Européens sur les côtes de Guyane avant la colonie (1560-1627)*, Paris, Coll. la Librairie des Cultures, n° 6, Éditions Comité des travaux historiques et scientifiques, 2014, 318 p.

³⁹⁰ Voir *Mémoire écrit et signé à Cayenne le 20 juin 1698 par le Marquis de Ferolles, Gouverneur de la Guyane française*, dans *Mémoire présenté par les États-Unis du Brésil au Gouvernement de la Confédération Suisse pour le règlement des frontières entre le Brésil et la Guyane française*, Tome II, 1899 (ci-après Frontières entre le Brésil et la Guyane Française (II), pp. 47-53.

³⁹¹ Ils sont, à plusieurs reprises, chassés par les portugais :*ibid.*, pp. 50-51.

³⁹² Sous le règne d'Henri IV, une première expédition en 1604 est dirigée par le capitaine Daniel de la Rivardière. L'année suivante Henri IV accorda à ce dernier des Lettres patentes le nommant lieutenant général. Voir notamment le *Mémoire présenté par les États-Unis du Brésil au Gouvernement de la Confédération Suisse pour le règlement des frontières entre le Brésil et la Guyane française*, Tome I, 1899, (ci-après Frontières entre le Brésil et la Guyane Française (I)), p. 98.

³⁹³ Pourtant, le Roi s'Espagne avait accordé dès le XVI^e siècle des concessions en Guyane, et nommé des gouverneurs. Voir *Ibid.*, pp. 47 - 48.

³⁹⁴ C'est ce qu'il ressort du programme de Colbert soumis à Mazarin en 1653. En suivra, le régime dit de l'Exclusif, appelé d'une manière erronée « pacte colonial ». Jusqu'à aujourd'hui, en Guyane, nous pouvons ressentir les conséquences de ce régime. Les produits métropolitains sont vendus à des prix exorbitants. Voir notamment Xavier Yacono, *Histoire de la colonisation française*, Paris, P.U.F., 1969, Coll. « Que sais-je », n°452, 128 p.

³⁹⁵ Pour plus de précisions, voir Frontières entre le Brésil et la Guyane Française, *supra* note 390, p. 103.

³⁹⁶ Les peuples autochtones s'opposaient fermement à l'installation des colons en empêchant notamment le développement de l'agriculture européenne. Ils se révoltèrent à plusieurs reprises face aux enlèvements des

écrit : « [ils] étaient autrefois si puissants, qu'ils imprimaient la terreur dans le cœur des Français qui s'étaient établis à Cayenne »³⁹⁷. Jusqu'en 1676, les Français n'avaient rien possédé en Guyane³⁹⁸, Cayenne « constituait à peu près toute la colonie »³⁹⁹. Même après cette date, il n'y aurait eu que quelques Français qui pratiquaient la pêche et le commerce de marchandises et d'esclaves avec les peuples autochtones⁴⁰⁰. La souveraineté de la France sur le territoire n'avait pour fondements que les Chartes royales⁴⁰¹ et la présence d'esclaves⁴⁰², de quelques marchands, administrateurs⁴⁰³, soldats et missionnaires religieux.

Bien qu'elle ait reconnu les peuples autochtones comme « Nations »⁴⁰⁴ et « Maitres et naturels »⁴⁰⁵ et qu'elle ait critiqué fermement les pratiques et les titres de possession des portugais sur leurs territoires⁴⁰⁶, la France s'est appliquée à suivre un modèle non pas meilleur. La colonie a eu recours à l'esclavage afin de remédier à ses besoins en main-d'œuvre⁴⁰⁷ et soumis les peuples autochtones à une évangélisation forcée. Les religieux jésuites, ayant reçu des concessions sur les terres dans le but de « convertir les sauvages », allaient peu à peu

femmes et à la volonté des Français de les réduire en esclavage. Cette situation justifierait la fuite des Français en 1653 vers le Suriname, mais également la tentative de massacre des Galibis en 1657. Voir Patrick Lingibe, « Genèse de l'accès au droit en Guyane », dans Didier Peyrat et Marie-Alice Gougis-Chine (dir.), *L'accès au droit en Guyane*, Cayenne, Ibis rouge, Petit Bourg, 1999, pp. 49-70 (ci-après Lingibe).

³⁹⁷ Cité dans Michel Devèze, *Les Guyanes*, Paris, P.U.F., 1968, p. 21.

³⁹⁸ Bien que la Guyane fût considérée par les Français comme leur possession, elle était surtout attribuée aux compagnies françaises qui n'établissaient des peuplements que dans limites de Cayenne. Ce n'est qu'en 1670, après le retrait de la Compagnie des Indes occidentales, que la Guyane « rentra ainsi, comme les autres colonies françaises, sous la domination immédiate du roi. » : Voir Frontières entre le Brésil et la Guyane Française (II), *supra* note 390, pp. 108-109.

³⁹⁹ Désiré Dalloz et Armand Dalloz, « Répertoire méthodologique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif et de droit des gens et de droit public », Paris, Vol. 34, Partie II, 1869, Organisation des colonies – Guyane française, Sect. 3, art. 4, pp. 1220-1221.

⁴⁰⁰ Frontières entre le Brésil et la Guyane Française, *supra* note 390, pp. 120-121.

⁴⁰¹ Des chartes pouvaient parfois être octroyées simultanément par différents rois (d'Espagne, du Portugal, d'Angleterre, de France et de Hollande) sur une même partie du territoire. Voir *ibid.*, p. 98.

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 128 et 137.

⁴⁰³ Une communication sous l'administration de Pierre Éléonor de Férolles fait état des cadeaux que les administrateurs et marchands offraient aux peuples autochtones afin de pouvoir continuer leurs explorations. Voir *Correspondance du gouverneur Férolles du 3 septembre 1693*, archives nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/uy306ztytxy, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/uy306ztytxy.num=20.q=nations>.

⁴⁰⁴ *Traité provisoire conclu à Lisbonne le 4 mars 1700, entre D. Pedro II, Roi de Portugal et des Algarves et Louis XIV, Roi de France et de Navarre. Traduction exacte et commentaires* (ci-après Traité de Lisbonnes (1700)), art. 3. Dans : Frontières entre le Brésil et la Guyane française (II), *supra* note 390, p. 63.

⁴⁰⁵ Frontières entre le Brésil et la Guyane française (II), *supra* note 390, p. 49.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁰⁷ Lire à ce sujet : Marie-Louise Marchand-Thébault, « L'esclavage en Guyane française sous l'ancien régime » (1^{er} trim. 1960), 47 : 166 R.F.H.O.M. 5-75 (ci-après Marchand-Thébault).

« posséder le plus grand patrimoine foncier de la colonie » et profiter de « l'exclusivité de la main-d'œuvre amérindienne »⁴⁰⁸. La colonie française s'étendait sur la côte à mesure que les jésuites poursuivaient leur mission d'évangélisation⁴⁰⁹. En outre, les maladies amenées par les colons ont emporté un grand nombre d'*« Amérindiens »*⁴¹⁰.

Pourtant, un *principe de liberté des Indiens* devait s'appliquer dans la colonie. Nous pouvons lire ce principe notamment dans les instructions royales de 1706 adressées au gouverneur d'Orvilliers : « il faut leur laisser libre accès dans la colonie, les protéger contre les habitants qui voudront leur faire quelque injustice et les maltraiqueront [...] »⁴¹¹. Ce principe ne concernait en réalité que les Nations Arouas, Palicours et Courarys. Les « esclaves Indiens qu'ils [ces trois Nations] prennent sur les Portugais et sur les Indiens avec lesquels ils sont en guerre »⁴¹² ou qui viennent d'autres territoires peuvent légalement être faits esclaves. En définitive, même les Arouas et d'autres membres de Nations autochtones guyanaises furent réduits en esclavage dans la colonie et ce malgré l'opposition du roi⁴¹³.

En ce qui concerne la question territoriale et foncière, la France s'appropriait les terres⁴¹⁴ pour ériger des bâtiments militaires, notamment après sa mise sous domination du roi⁴¹⁵. Par ailleurs, elle concédait et cédait des terres pour l'établissement de nouveaux colons

⁴⁰⁸ Philippe de Ladebat, *Seuls les morts ne reviennent jamais. Les pionniers de la guillotine sèche en Guyane française sous le Directoire*, Nantes, Récit historique, Éditions Amalthée, 2007 (ci-après P. de Ladebat), p. 225.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Alexis Tiouka, « Stratégies amérindiennes en Guyane française » (2016), 64 : 3 *Multitudes* 199 (ci-après Tiouka), pp. 200 et 209.

⁴¹¹ Cité dans Jean-Marcel Hurault, *Français et Indiens en Guyane*, Cayenne, Éditions Guyane Presse Diffusion, 1989, p. 101.

⁴¹² Marchand-Thébault, *supra* note 407, p. 11.

⁴¹³ *Décision du Conseil de Marine sur une lettre de d'Orvilliers du 4 février, sur une lettre d'Albon du 4 février, sur une lettre de Gaudais du 20 novembre, sur une lettre du père de Montigny du 12 novembre, sur une lettre de Gillet du 18 décembre* (1712), Archives nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/uy306rlrsnq, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/uy306rlrsnq.num=20.q=nations> (ci-après Décision du Conseil de Marine (1712)).

⁴¹⁴ « Les colonies françaises sont parties intégrantes de la République, et sont soumis à la même loi constitutionnelle » ; « Elles [les colonies] sont divisées en départements ainsi qu'il suit : [...] la Guyane française et Cayenne [...] ». Constitution de la République française du 5 Fructidor an III (22 août 1795), version numérisée du site du Conseil constitutionnel (ci-après *Constitution de 1795*), art. 6 et 7, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-5-fructidor-an-ii>.

⁴¹⁵ Ils sont davantage regroupés au sein de missions religieuses, ce qui, non seulement les sédentarisera, mais rendra également libres leurs territoires. Les missions religieuses avançaient sur le territoire guyanais en proposant aux peuples autochtones rencontrés de « se transporter en territoire français ». Elles cherchaient également à rassembler en un lieu les autochtones convertis. Lire notamment : Gérard Collomb et Félix Tiouka, *Na'na Kali'na. Une histoire des Amérindiens Kali'na en Guyane*, Cayenne, Ibis Rouge Éditions, 2001 et, *Lettre du P. Lombard sur la mission de Kourou précédée et suivie de quelques détails sur les travaux des autres*

ou pour l'extraction du bois⁴¹⁶. Parallèlement, les peuples autochtones du littoral perdent leurs territoires, leurs systèmes sociaux et leurs libertés⁴¹⁷. À partir de 1722, ils seront considérés « sujets du roi »⁴¹⁸ et devront se soumettre au gouverneur de Cayenne, représentant le pouvoir normatif et le pouvoir judiciaire en Guyane⁴¹⁹.

En 1763, dans une démarche offensive⁴²⁰, la France décida de développer ses autres colonies, parmi lesquelles la Guyane⁴²¹. Plusieurs expéditions « ratées » furent réalisées⁴²². Ces échecs conforteront la France dans sa décision de prioriser le développement du commerce⁴²³ et de l'agriculture⁴²⁴, et de militariser davantage la colonie⁴²⁵. La Révolution

missionnaires jésuites de la Guyane jusqu'à la révolution française (1723-1790), en ligne : <https://issuu.com/scduag/docs/fra110742> et Décision du Conseil de Marine (1712), *supra* note 413.

⁴¹⁶ Didier Normand, « Le commerce des bois d'Amérique tropicale », dans Yves Monnier et Alain Huetz de Lemps (dir.), « Les plantes américaines à la conquête du monde » (juillet-décembre 1992), 179-180 *Cahiers d'outre-mer* 249, pp. 253 et 259.

⁴¹⁷ Décision du Conseil de Marine (1712), *supra* note 413.

⁴¹⁸ *Règlement de M. D'ORVILLIERS, Gouverneur de Cayenne, du 22 Février 1722 Concernant les Indiens avec l'ordre du Roi en réponse*, Code la Guyane Française, Tome 1, 1826, Imprimerie du Gouvernement, Archives départementales, n° 126, pp. 353-356 (ci-après Règlement de M. d'Orvilliers (1722)), art. 1.

⁴¹⁹ *Ibid.*, art. 2.

⁴²⁰ Face à la perte de la Nouvelle-France, « [I]l'implantation de nouvelles colonies et rétablissement de bases militaires représentaient des éléments essentiels dans l'élaboration d'une nouvelle stratégie offensive de la France après le Traité de Paris, ainsi que le démontre le *Mémoire de 1765* ». R. John Singh, « L'importance stratégique des colonies antillaises dans la politique française de l'après-guerre (1763-1770) » (juin 1974), 28 : 1 R.H.A.F. 27, p. 42.

⁴²¹ Entre la Nouvelle-France ou ses colonies antillaises, la France avait choisi en 1763 les Antilles pour deux raisons principales : les ressources naturelles y étaient plus facilement exploitables et la défense de la Nouvelle France aurait été plus difficile. Rivière, *supra* note 389, pp. 7 et 8.

⁴²² « Le climat tropical insalubre et les épidémies décimèrent la moitié de tous ces nouveaux colons en l'espace de quelques mois, y compris les Acadiens, qui ne furent pas davantage épargnés. Que devait-on attendre d'une immigration qui, avant d'aller au bal ou à la comédie, se promenait sur la plage de Korou, comme aux Tuileries, en grande toilette et l'épée au côté? » :*ibid.*, pp v et vi.

⁴²³ *Lettres patentes qui accordent à l'île de Cayenne et à la Guyane française la liberté de commerce avec toutes les nations pendant douze ans (n°64) 1er mai 1768*, Archives nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/ka455ojijps, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/ka455ojijps.num=20.q=nations>.

⁴²⁴ Après l'échec de Kourou, un ingénieur d'origine suisse, Joseph Guisan, est recruté pour entreprendre des aménagements agraires en s'imprégnant de ce que faisaient les Pays-Bas, notamment au Suriname. Il est notamment à la source du canal de Kaw, voir Rivière, *supra* note 389, p.8

⁴²⁵ Le 18 août 1772 ont été recrées des troupes coloniales sous l'égide de la Marine et sous les ordres du secrétariat d'État à la Guerre. La Marine disposait ainsi d'un bataillon en Guyane. Voir *Ordonnance du roi portant création de quatre Régiments pour le Service des Colonies de l'Amérique* (18 août 1772), *Ordonnance du roi portant création de quatre Régiments pour le Service des Colonies de l'Amérique* (18 août 1772), Recueil d'édits, arrêts etc., Tome CXIV, p. 249.

française viendra abolir l'esclavage en théorie⁴²⁶, mais dotera en même temps Cayenne d'un statut de déportation d'opposants politiques⁴²⁷.

2. Une seconde politique coloniale militaire, pénitentiaire et assimilationniste

Sous le régime de la restauration, Charles X souhaitait rétablir le prestige de la France⁴²⁸. Ses priorités furent le développement des cultures⁴²⁹, l'exploitation du bois⁴³⁰ et la réorganisation des pouvoirs législatif, réglementaire et administratif de la colonie⁴³¹. Une ordonnance royale fut adoptée en ce sens le 27 août 1828⁴³², dotant la colonie d'un gouvernement, d'une administration militarisée et d'un régime spécial. En vertu de ce régime, les lois, ordonnances et règlements de la métropole ne s'appliquent dans la colonie qu'à la suite d'une double promulgation : 1) une promulgation royale; et 2) une promulgation au sein de la colonie par le gouverneur de la Guyane⁴³³.

Pendant le régime de la monarchie de juillet, la colonisation se poursuit et se structure, et avec elle la dépossession territoriale des peuples autochtones. Seront notamment promulgués, la *loi du 24 août 1833 concernant le régime législatif des colonies*⁴³⁴, le *décret*

⁴²⁶ Car, le 20 mai 1802, l'esclavage et la traite sont rétablis. Et même lorsque l'esclavage sera définitivement aboli en France, il sera longtemps toléré sous sa forme illégale en Guyane. Voir Lydie Choucoutou, « L'esclavage en Guyane, 1652-1848 » (2016) 26 :1 *Histoire de la justice* 29, pp. 29-40.

⁴²⁷ Il prendra d'autres formes : travail forcé des transportés et condamnés, travail des libérés sous condition de travail, etc. En effet, à partir de 1792, Cayenne deviendra un lieu de déportation pour les opposants politiques de la Révolution et des régimes qui suivront. Des mesures répressives exceptionnelles seront prises par ailleurs à l'instar de l'art. 2 du *décret du 11 mai 1795* qui disposait que : « tout refus de travail sera poursuivi et puni comme crime de contre révolution ». Voir Rivière, *supra* note 389, pp.10 et 330.

⁴²⁸ La Guyane avait été prise par les anglais et portugais. Elle sera remise à la France en 1817. *Ibid.*, p.11.

⁴²⁹ C'est pour cette raison que le gouvernement métropolitain introduisit en Guyane des travailleurs immigrants à partir de 1820 : des agriculteurs chinois et malais, des familles blanches de colons des États-Unis d'Amérique, une compagnie d'ouvriers militaires, un détachement de sapeurs et apprentis orphelins, et même de familles du Jura : *ibid.*, pp. 11 et 12.

⁴³⁰ Ex. : Établissement d'Anne Marie Javouhey qui fonde en 1828 ce qui devait servir d'asile aux enfants trouvés, pour élever le bétail, exploiter le bois et cultiver la terre pour la colonie. Voir *Rapport au roi proposant d'approuver la création, à l'initiative d'Anne Marie Javouhey, supérieure des sœurs de Saint-Joseph de Cluny, d'un établissement sur les bords de la Mana, en Guyane française, destiné à accueillir les noirs de traite libérés par la loi du 4 mars 1831 et travaillant dans les ateliers publics à cayenne, afin qu'ils y exercent « une sorte d'apprentissage de la liberté et [soient] capables d'en jouir avec fruit pour eux-mêmes et sans danger pour la colonie en 1838 »* (14 août 1835), Archives nationales d'outre-mer, 1 LEG 14.

⁴³¹ *Charte constitutionnelle du 4 juin 1814*, Imprime royale, Paris, 1814, art. 73.

⁴³² *Ordonnance du roi concernant le gouvernement de la Guyane française* (27 août 1828), Bulletin des lois, n°261, 1828, p. 521 et s. (ci-après *Ordonnance royale de 1828*).

⁴³³ *Ibid.*, art. 65.

⁴³⁴ *Loi du 24 avril 1833 concernant le régime législatif des colonies* (imprimé), Code de communication, Archives nationales d'outre-mer, 1 LEG 12. La *Charte constitutionnelle du 14 août 1830* est venue soumettre les colonies à des lois particulières. Elle exigeait que le Parlement établisse un régime législatif pour les

du 24 avril 1834 sur les concessions, achats et ventes de terrains à la Guyane française⁴³⁵ et le *décret relatif à l'organisation municipale de la Guyane française⁴³⁶*. Les terres dites « vacantes » seront cédées par les administrateurs de la Guyane sur autorisation du roi aux colons qui souhaitent y établir leur demeure⁴³⁷. La concession gratuite des terrains pour le développement de l'agriculture, des missions religieuses et les exploitations de bois et d'essences se poursuivront avec la possibilité pour les colons de posséder des titres définitifs⁴³⁸.

Sous le Second Empire, Napoléon III promulgue le *Sénatus-consulte du 3 mai 1854 qui règle la constitution des colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion* (« *Sénatus-consulte de 1854* »)⁴³⁹. Il fixe les compétences des autorités locales et des autorités métropolitaines au sein des colonies qu'il classe en deux catégories. La Martinique, la Guadeloupe et la Réunion furent soumises au *régime de spécialité* (régime des lois ou des décrets selon les matières). La Guyane, quant à elle, est soumise au *régime des décrets simples*, sauf en matière douanière⁴⁴⁰. En vertu de ce régime, un texte règlementaire est applicable dans la colonie sans qu'une intervention du législateur ou du Conseil d'État ne soit nécessaire⁴⁴¹ : un décret simple suffit pour administrer la colonie. Le *Sénatus-consulte de 1854* est à « l'origine de la distinction, en vigueur sous toute la III^{ème} République, entre

colonies. C'est ainsi qu'a été prise la *loi du 24 avril 1833*, distinguant entre les colonies soumises à des régimes législatifs distincts parmi lesquels la Guyane et les autres colonies, appelées établissements. *Charte constitutionnelle du 14 août 1830*, Bulletin des lois, n°5, 1831, p. 51.

⁴³⁵ *Décret du conseil colonial de la Guyane française du 24 avril 1834 sur les concessions, achats et ventes de terrains à la Guyane française*, Bulletin officiel de la Guyane française Imprimerie du gouvernement, 1834, p. 168.

⁴³⁶ *Décret du conseil colonial de la Guyane française du 30 juin 1835 relatif à l'organisation municipale de la Guyane française*, Bulletin officiel de la Guyane française, 1835, p. 97.

⁴³⁷ Voir le *Rapport au roi proposant d'autoriser les administrateurs de la Guyane française à vendre des terrains vacants situés dans la partie neuve de la ville de Cayenne dite de la Savane aux « particuliers qui voudraient y bâtir et y établir des jardins »* (26 novembre 1830), Artiches nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/ni258auuttb, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/ni258auuttb>.

⁴³⁸ Nous pouvons citer l'exemple de l'Établissement de Mme Javouhey fondé en 1828. En 1835, à la demande du gouvernement cet établissement deviendra un endroit où les anciens esclaves libérés en vertu de la *loi du 4 mars 1831* concernant la répression de la Traite des Noirs seront mis au travail, pour dit on les préparer à la liberté. Voir notamment Rivière, *supra* note 389, pp. 12 et 13.

⁴³⁹ *Sénatus-consulte du 3 mai 1854 qui règle la constitution des colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion* (7 mai 1854), Bulletin des lois de l'Empire français, XI^e série, tome III, n° 166.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, art. 18.

⁴⁴¹ Ce régime exceptionnel demeurera inchangé en Guyane pendant plusieurs années, malgré le *Sénatus-consulte* de 1854. Rivière, *supra* note 389, p. 328.

“vieilles colonies” et colonies soumises au régime des décrets simples »⁴⁴². Il « décid[r]a d[u] sort [des colonies françaises] pour près de 90 ans »⁴⁴³.

Malgré les faiblesses structurelles de son occupation du territoire, la France a pu conserver sa mainmise sur le territoire guyanais grâce au maintien du *régime des décrets simples*⁴⁴⁴. À la fin du XIX^e siècle, la majorité des Européens présents en Guyane étaient les « différents corps de la marine, en passage »⁴⁴⁵. Les peuples autochtones représentaient déjà une minorité sur le littoral⁴⁴⁶. Par ailleurs, le *régime de l’indigénat*⁴⁴⁷ en vigueur dans toutes les colonies depuis 1887, continuait d’apporter un afflux de transportés (travailleurs forcés), ce qui permit notamment à la France de construire des infrastructures en forêt tropicale⁴⁴⁸. Les peuples autochtones de Guyane n’étaient pas soumis à ce régime⁴⁴⁹, ils étaient considérés soit *citoyens français* soit « *Indigènes* » *Primitifs* (non-citoyens)⁴⁵⁰ :

Cette attribution [citoyenneté] entraîne, dans le principe tout au moins, à la fois l’égalité des droits civils et politiques avec les citoyens français des colonies ou de métropole et l’extension du Code

⁴⁴² Yerri Urban, « La fonction consultative du Conseil d’État et la nationalité dans les territoires coloniaux (hors Afrique du Nord) », dans Jean Massot, *Le conseil d’État et l’évolution de l’outre-mer français du XVII^e siècle à 1962*, Paris, Dalloz, 2007, p. 157-178, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01632984/document>, p.1.

⁴⁴³ Louis Joxe (rapporteur), *Procès-verbal de la séance du 2 décembre 1982*, Conseil d’État, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1982-12-02.pdf, p. 1 (ci-après Joxe).

⁴⁴⁴ Par exemple, avec le *décret du 2 juin 1881 portant règlement d’administration publique sur l’expropriation pour cause d’utilité publique* en Guyane, J.O. du 15 juin 1881, Bulletin officiel de la Guyane française, p. 917. Pourtant, tant le suffrage universel que les listes électorales existaient. Voir Paul Dislere, *Traité de législation coloniale*, Paris, P. Dupont, 1906, vol. 2, p. 531.

⁴⁴⁵ Rivière, *supra* note 389, p. 135.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 143.

⁴⁴⁷ Il s’agit d’un régime pénal extrêmement répressif et discriminatoire à l’encontre des peuples autochtones des colonies et établissements français. Ce régime ne respectait nullement les principes du droit français. Il permettait notamment la déportation des personnes autochtones, leur criminalisation par la création d’infractions spéciales que la loi métropolitaine ne punissait pas (comme de sortir de chez soi, enterrer des animaux, refuser de se faire vacciner, etc.) sans possibilité de défense, ni d’appel et en les soumettant au travail forcé. Un régime qui perdurera même après la IV^{ème} République. Lire notamment : Isabelle Merle, « De la “législation” de la violence en contexte colonial. Le régime de l’indigénat en question » (2004) 17 : 66 *Politix* 137, pp. 137-162 (ci-après Merle, « Législation »).

⁴⁴⁸ Pour de plus amples informations sur les infrastructures réalisées en Guyane, voir les 14 registres d’archives : Comité des travaux publics des colonies (1890/1937), Ministère des colonies, Archives nationales d’outre-mer, réf. ark:/61561/bj844g600t, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/bj844g600t>.

⁴⁴⁹ Voir Merle, « Législation », *supra* note 447.

⁴⁵⁰ « Les Amérindiens et les Noirs-marrons, qui vivaient en forêt, loin des centres économiques et administratifs, étaient catégorisés comme « primitifs » [...] et de ce fait exclus de la citoyenneté. » : Stéphanie Guyon, « Des « Primitifs » aux « Autochtones ». Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours » (2013), 2 : 91 *Genèses* 49, p. 50.

civil avec en contrepoint l'impossibilité de revendiquer à court terme ou moyen terme, des particularismes locaux et un statut personnel.⁴⁵¹

L'exploitation aurifère n'a pu se développer réellement qu'à la seconde moitié du XIX^e siècle, lorsque les rendements étaient devenus profitables grâce à des innovations américaines⁴⁵². Mais la ruée vers l'or ne profitera ni au territoire ni à ses habitants et aura des conséquences dommageables sur la vie des peuples autochtones⁴⁵³. Elle sera complétée par l'exportation des essences de bois et de la flore locale⁴⁵⁴. La colonisation agricole quant à elle échoue : « [la Guyane] “terre d'or et d'aventurier”, ne se prête en effet pas au modèle de colonisation agricole mis en œuvre en Afrique ou dans l'Océan Indien »⁴⁵⁵. Au début du XX^e siècle, il apparaît clair à la métropole que la colonisation européenne en Guyane est vouée à l'échec. La Guyane demeurera une terre d'exploitation :

[...] le travail de la terre est absolument impossible pour l'Européen dans toutes nos colonies intertropicales: [...] Guyane, et par conséquent la conquête démographique est de tous point irréalisable. [...] Ce sont des colonies d'exploitation et rien de plus. [...] Pour cette catégorie de colonies, l'émigration, [...] ne devrait porter que sur une élite, une sorte de cadre social dont les noirs ou les indigènes doivent remplir les unités. [...] Ajoutons que les pièces de ce cadre doivent être mobiles et pouvoir se remplacer au bout d'un temps variable, sans attendre l'usure. Mais dès lors le préteud colon, surveillant ou directeur d'entreprise agricole, industrielle ou commerciale, est semblable aux fonctionnaires, ce n'est qu'un passant qui, momentanément exilé par le besoin d'un emploi, attend qu'on le relève. [Nous soulignons.]⁴⁵⁶

Sous la III^{ème} République, la France étendra son empire et organisera ses colonies au nom de l'universalisme républicain. « Tout au cours de [ce régime] on s'attachera plus à la

⁴⁵¹ Isabelle Merle, « Les ambiguïtés du statut personnel en droit colonial », dans Natacha Gagné, Martin Thibault et Marie Salaün (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Québec, 2010, P.U.L., p. 147 (ci-après Merle, « Les ambiguïtés »).

⁴⁵² Pour en savoir davantage sur la ruée vers l'or, lire notamment : Jean-Pierre Carmouze, Marc Lucotte et Alain Boudou (éd.), *Le mercure en Amazonie: Rôle de l'homme et de l'environnement, risques sanitaires*, Paris, IRDV Éditions, coll. Expertise collégiale, 2001, p. 426-429; Jean-François Orru, « L'activité aurifère dans la commune de Maripasoula, impact écologique et humain » dans Marie Fleury et Odile Poncy (dir.), « Conserver, gérer la biodiversité : quelle stratégie pour la Guyane ? » (1998) 40 :1-2 *Journal d'agriculture traditionnelle et de botanique appliquée* 147, pp. 147--166 (ci-après Orru); <https://issuu.com/scduag/docs/mmc16023-2-2/162>

⁴⁵³ Orru, *Ibid.*

⁴⁵⁴ Mathilde Cocoual, *Aux sources des parfums, industrialisation et approvisionnement de la parfumerie grasseuse (second XIX^e - Début XX^e siècle)*, Thèse de doctorat, Histoire, Université Côte d'Azur, 2017 (ci-après Cocoual).

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 98.

⁴⁵⁶ Société Statistique de Paris, *Journal de la Société de Statistique de Paris*, Paris, 1899, vol. 40, p. 85.

mise en valeur et au développement des territoires, à l'instruction de leurs habitants que de leur accorder des droits, même si ces [...] colonies étaient représentées au Parlement »⁴⁵⁷. Une élite d'administrateurs coloniaux est formée dans des écoles spécialisées pour « concilier à la France des populations ou des dynasties ombrageuses, de conjurer ou de réprimer des rébellions, de prévenir des difficultés avec les puissances limitrophes, de favoriser la colonisation, d'aider à l'expansion du commerce et de l'industrie »⁴⁵⁸. La propagande colonialiste est à son apogée, vantant la mission civilisatrice de l'entreprise impériale⁴⁵⁹. La représentation de l'autochtone sauvage apparaît, et il deviendra important pour la France de le civiliser⁴⁶⁰. Elle diffusera ainsi davantage la langue française et la religion chrétienne et imposera ses valeurs⁴⁶¹.

C'est à partir des années 1930 que la France s'intéressera au territoire intérieur « peu connu » de la Guyane⁴⁶². Ce territoire était peuplé majoritairement par des communautés autochtones et marrons, dont les membres n'étaient considérés « ni sujets, ni citoyens »⁴⁶³. Le 6 juin 1930, la France est venue doter ce territoire de la personnalité civile et le soustraire de la compétence du Conseil général⁴⁶⁴. Une nouvelle unité administrative est née : le « Territoire autonome de l'Inini ». Cette circonscription, qui dispose d'un budget propre, est mise sous l'autorité du Gouverneur de la Guyane et demeure soumise au régime colonial⁴⁶⁵. Une administration ayant pour objectif la « pénétration » et le « contrôle » du territoire⁴⁶⁶. La France y a établi des gendarmes et des postes de contrôle, en lien avec les activités

⁴⁵⁷ Joxe, *supra* note 443.

⁴⁵⁸ Émile Boutmy, *Le recrutement des administrateurs coloniaux*, Paris, Armand Colin, 1895, p.5.

⁴⁵⁹ Pour plus de précisions : Nicolas Bancel et Pascal Blanchard, « Civiliser : l'invention de l'indigène », dans Sandrine Lemaine et Pascal Blanchard (dir.), *Culture coloniale (1871-1931)*, Paris, Autrement, 2003, pp. 149-161.

⁴⁶⁰ Lire Pascal Blanchard, « La Représentation de l'indigène dans les affiches de propagande coloniale : entre concept républicain, fiction phobique et discours racialisant » (2001) 30 *Hermès* 147, pp. 149-168.

⁴⁶¹ Lire notamment Pascale Barthélémy, « L'enseignement dans l'Empire colonial français : une vieille histoire ? » (2010) 128 *Histoire de l'éducation* 5, pp. 5-28.

⁴⁶² François Piétri, *Création de territoire en Guyane française. Rapport au Président de la République Française*, J.O. de la Guyane française du 2 août 1930 (ci-après Piétri, « Rapport sur la création de territoire en Guyane française »), p. 316.

⁴⁶³ Edenz Maurice, « École en Guyane », Legs colonial et outre-mer autochtones, Hypothèses, en ligne : <https://autochton.hypotheses.org/ecoole-en-guyane> (consulté le 15 mai 2020).

⁴⁶⁴ *Décret du 6 juin 1930 instituant le territoire de l'Inini*, J.O. du 6 juin 1930.

⁴⁶⁵ Piétri, « Rapport sur la création de territoire en Guyane française », *supra* note 462, p. 316.

⁴⁶⁶ Gérard Thabouillot, « Être chef de poste en Inini (1930-1969) » (1^{er} sem. 2011), 98 : 370-371 Outre-mers 43 (ci-après Thabouillot), p. 48.

extractives, les aéroports et les établissements pénitentiaires⁴⁶⁷, sans que cette occupation ait, semble-t-il, connu un « épisode militaire »⁴⁶⁸. Les questions locales demeuraient gérées par les chefs autochtones, le droit coutumier appliqué et aucun paiement d’impôt exigé⁴⁶⁹. À cette période, les hommes politisés de la Guyane et d’autres colonies françaises plaident pour l’intégration des colonies en tant que départements français⁴⁷⁰. La seconde guerre mondiale mettra fin aux négociations avec le gouvernement⁴⁷¹.

Sous le régime de Vichy, la répression de l’État français prend une grande ampleur face à la recrudescence des opposants au régime en Antilles et en Guyane. La Guyane demeure reléguée à son rôle de colonie d’exploitation : on y prend de l’or par voie maritime vers la Martinique⁴⁷². À cette période, un nouveau rôle stratégique lui est assigné dans le transport aérien avec le Brésil et l’Afrique, dans le trafic commercial⁴⁷³ et en matière de sécurité⁴⁷⁴. Au sortir de la guerre, face à la convoitise étrangère et à la considération des anciens dissidents au régime de Vichy comme des indépendantistes, l’idée que l’assimilation des colonies à la Métropole serait plus avantageuse pour la France et les territoires colonisés se dessine plus fermement :

À l’heure où ça et là des doutes sont émis sur la solidarité de ce qu’il est convenu d’appeler l’empire, à l’heure où l’étranger se fait l’échos des rumeurs de dissidences, cette demande d’intégration constitue un hommage rendu à la France, et à son génie, et cet hommage dans

⁴⁶⁷ Danielle Donet-Vincent, « Les Bagnes des Indochinois en Guyane (1931-1963) », Criminocorpus (mis en ligne le 01 janvier 2006), en ligne : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/182> (consulté le 10 août 2020).

⁴⁶⁸ Seulement, le territoire se retrouvait placé sous l’autorité militaire : Thabouillot, *supra* note 466, p. 43.

⁴⁶⁹ Lire à ce sujet : André Néron, « Rapport du Consul général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindiennes et bushinenge », dans Maude Elfort et Vincent Roux (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes : actes des Journées d’études de Cayenne des 10 et 11 mai 2012*, Centre de recherche sur les pouvoirs locaux dans la Caraïbe (Schoelcher, Martinique) et Institut de droit d’outre-mer (Aix-en-Provence, Bouches-du-Rhône), Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2013, pp. 25-42.

⁴⁷⁰ Voir Audrey Celestine, « La lutte des antillais pour l’égalité » (octobre 2007), *La revue de Gisti, Plein droit* n° 74, Outre-mer, terres d’exception (ci-après Celestine).

⁴⁷¹ En 1925, le gouvernement français a consulté différentes instances politiques afin de savoir s’il faudrait créer un Gouvernement général regroupant différentes colonies, parmi lesquelles la Guyane, ou les intégrer à la France en tant que département. Mais « [L]a guerre [a] fait avorter le projet. » Thibault Gamess, *La loi de départementalisation du 19 mars 1946 : un tournant dans l’exécutif de la Martinique*, Mémoire, Sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille, septembre 2002 (ci-après Gamess), p. 36.

⁴⁷² Léo Elisabeth, « Vichy aux Antilles et en Guyane : 1940-1943 » (1^{er} trim. 2004), 91 : 342-343 *Outre-Mers* 145, p. 147.

⁴⁷³ *Ibid.*, pp. 156-159.

⁴⁷⁴ Il s’agit de la sécurité des États-Unis. Ils vont jusqu’à prévoir de « se réunir, si un changement de souveraineté est envisagé. » : *ibid.*, p. 148.

l'actuelle conjoncture internationale prend une importance singulière.⁴⁷⁵

Section 2. La départementalisation de la Guyane et l'usurpation des droits territoriaux des peuples autochtones

Par la *loi n° 46-451 du 19 mars 1946*⁴⁷⁶, la France érige la Guyane en département français. Les peuples autochtones se retrouvent alors intégrés à une Nation qui ignore toute revendication territoriale collective fondée sur une appartenance ethnique⁴⁷⁷. Toutefois, la départementalisation pourrait être attribuée à la *Constitution de 1795*, première constitution républicaine⁴⁷⁸. Sous les IV^{ème} et V^{ème} Républiques, la situation coloniale s'est perpétuée. Le rôle attribué au Préfet, la situation du territoire de l'Inini et le droit applicable en Guyane peuvent en attester. (1)

En matière de politique autochtone, les nouvelles mesures assimilationnistes à l'instar des « homes »⁴⁷⁹ ou des réserves foncières sur la base du modèle canadien apparaissent⁴⁸⁰. Elles seront finalement abandonnées et les *droits d'usage* rétablis⁴⁸¹. La réintégration de ces

⁴⁷⁵ Aimé Césaire, *Rapport fait au nom de la commission des territoires d'outre-mer (1) sur propositions de loi : 1^o de M. Léopold Bissol et plusieurs de ses collègues tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe et de la Martinique; 2^o de M. Gaston Monnerville tendant au classement de la Guyane française comme département français; 3^o de M. Raymond Vergès et plusieurs de ses collègues tendant au classement comme département français de l'île de la Réunion*, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 février 1946, n° 520, Assemblée nationale, 1946, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/images/rapport-520.pdf>, p. 2.

⁴⁷⁶ *Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française*, J.O. du 20 mars 1946, p. 2294, (ci-après « Loi de départementalisation du 19 mars 1946 »).

⁴⁷⁷ Gérard Collomb et Stéphanie Guyon, « Droit à la terre, institutions coutumières et jeux politiques en Guyane. L'exemple des zones de droits d'usage collectifs », Irène Bellier (dir.), *Terres, territoires, ressources : Politiques, pratiques et droits des peuples autochtones*, Paris, L'Harmattan, 2015 (ci-après Collomb et Guyon), p. 174.

⁴⁷⁸ Voir *Constitution de 1795 (5 Fructidor an III)*, art. 6 et 7 qui parlent de départementalisation des colonies.

⁴⁷⁹ « [L]es homes prennent la suite des expériences localisées menées par les sœurs de St Joseph de Cluny et les pères jésuites afin d'assurer l'instruction des "primitifs" selon la politique indigéniste proposé alors par Robert Vignon, premier préfet de la Guyane (1947) ». Silvia Macedo, « Un universel très particulier : l'éducation autochtone chez les amérindiens wayapi au Brésil et en Guyane française » (2016), 15 *Cahiers de la recherche* sur l'éducation et les savoirs (mis en ligne le 10 mai 2016), point 21, en ligne : <http://journals.openedition.org/cres/2910> (consulté le 20 août 2020).

⁴⁸⁰ Collomb et Guyon, *supra* note 477, p. 174; Le préfet Vignon mentionne, dans un document non côte rapporté dans l'ouvrage, un voyage du sous-préfet de l'Inini au Canada ayant pour objectif l'étude des politiques autochtones mises en place. Voir Davy, Filoche *et al.*, *supra* note 20, p. 17.

⁴⁸¹ Cette décision a été préconisée compte tenu des revendications autochtones en Guyane au début des années 1980. Pour plus d'informations sur ces revendications, lire notamment : Geoffroy Filoche, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo » (2011), 97-2 *Journal de la société des américanistes* 334 (ci-après Filoche), pp. 306 et 310; Alexis

droits dans l'ordre juridique français au profit des peuples autochtones et de toutes les autres communautés pouvant entrer dans la définition de « communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leur subsistance de la forêt » soulève cependant plusieurs problèmes en droit⁴⁸². Il s'agit là d'un dispositif d'exception dont le régime juridique demeure inconnu, complexe et multiple du fait de l'existence de différentes instances décisionnelles⁴⁸³ (2).

1. Le maintien de la situation coloniale après la départementalisation de la Guyane

Avec la départementalisation de la Guyane en 1946, la fonction de Gouverneur s'est effacée au profit de celle de Préfet⁴⁸⁴. Le Préfet, en tant que représentant de l'État français en Guyane, veille non seulement au respect des lois⁴⁸⁵ mais dispose d'un pouvoir réglementaire important, lui attribuant d'importantes prérogatives de puissances publiques dans toutes les matières (économie, urbanisme, social, citoyenneté, etc.)⁴⁸⁶. Il est « le détenteur unique du pouvoir de décision sur le plan local »⁴⁸⁷. Il représente directement chaque ministre et délègue ensuite son pouvoir et sa signature aux administrations.

Certains voient dans cette centralisation du pouvoir, une manière pour l'État de mieux coordonner son action en faisant du préfet le « seul chef d'orchestre de toutes les activités de l'État dans le département »⁴⁸⁸. Mais toute centralisation de pouvoirs présente des dérives. Le préfet peut être en désaccord avec une collectivité locale, un individu ou un groupe et

Tiouka et Hélène Ferrarini, *Petit guerrier pour la paix : les luttes amérindiennes racontées à la jeunesse (et à tous les curieux)*, Matoury, Ibis Rouge, 2017, 128 p.

⁴⁸² Lire notamment les critiques de Filoche, *ibid.*, pp. 311-317.

⁴⁸³ « [C]es superpositions impliquent des flous sur les statuts exacts de ces zones, et par conséquent des conflits de juridiction. Ils confrontent différents acteurs et connectent différentes strates de décision, principalement les représentants du droit coutumier, l'administration du [Parc amazonien de Guyane], la préfecture de Guyane et les collectivités locales [...]. Tous ont des opinions, des objectifs et des interprétations différentes de l'usage et de la gestion des ressources naturelles, basés soit sur des connaissances traditionnelles, soit sur des connaissances scientifiques, soit sur des obligations administratives. » : Isabelle Tritsch *Dynamiques territoriales et revendications identitaires des Amérindiens wayapi et tekoh de la commune de Camopi (Guyane française)*, Thèse de géographie, Université des Antilles-Guyane, 2013, pp. 35-36 cité dans Collomb et Guyon, *supra* note 477, p. 178.

⁴⁸⁴ *Loi n°47-1327 du 18 juillet 1947*, J.O. 1 du 19 juillet 1947, p. 6918.

⁴⁸⁵ Il exerce notamment un *contrôle de légalité* sur les actes pris par les collectivités locales.

⁴⁸⁶ Avec le décret du 26 avril 1960 et le décret du 14 mars 1964, la fonction de préfet dans les DOM s'est étendue jusqu'à représenter une exclusivité de contrôle sur toute l'administration de la Guyane : *Décret n° 60-407 du 26 avril 1960 relatif à la déconcentration administrative et aux pouvoirs des préfets dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, J.O. du 29 avril 1960, p. 3945 et *décret n° 64-250 du 14 mars 1964 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation des services de l'État dans les départements et à la déconcentration administrative*, J.O. du 20 mai 1964, p. 2588.

⁴⁸⁷ Gamess, *supra* note 471, p. 57.

⁴⁸⁸ Sylvie Jacquemart, *La question départementale outremer*, Paris, P.U.F., 1983, p. 67.

décider de ne pas engager les dépenses nécessaires à la réalisation de leurs demandes. Il peut également décider de révoquer tout fonctionnaire qui lui serait réticent ou qui défendrait des idées qui seraient considérées par la métropole comme étant à l'encontre de l'intérêt de la République⁴⁸⁹. En outre, son rôle au sein de l'économie du département lui attribue un pouvoir règlementaire immense dans l'instauration du cadre juridique économique⁴⁹⁰ et dans les projets d'aménagement du territoire. Un pouvoir que nous retrouvons encore aujourd'hui. Finalement, en matière militaire, le préfet domanien se retrouve, au même titre que l'ancien titre de Gouverneur, responsable de la sécurité de son département et détenteur d'un large pouvoir de décision en la matière⁴⁹¹.

Il est possible d'avancer, sur la base de ce seul exemple de la représentation de l'État français en Guyane, que le gouvernement métropolitain souhaitait maintenir « une certaine situation coloniale »⁴⁹². Cette situation de soumission s'est imposée aux peuples autochtones, qui se sont retrouvés sous l'égide du pouvoir préfectoral après la départementalisation de 1946⁴⁹³, départementalisation qui, rappelons-le, fut davantage un fait « créole »⁴⁹⁴. Ce sont

⁴⁸⁹ L'ordonnance du 15 octobre 1960 lui octroie un pouvoir de révocation de tout fonctionnaire qui troublerait l'ordre public, sans aucune motivation, pour faire face à la situation en Algérie et, aux Antilles et en Guyane, à « une gauche locale créole et autonomiste » qui s'opposait à une « droite départementaliste affiliée aux partis hexagonaux et taxée d'être sous la coupe du préfet ». Le préfet peut également déclarer l'état de siège, et expulser, pendant sa durée, tout étranger qu'il soupçonnerait de porter atteinte à *l'intérêt de la République française*. À cette époque, la peine de mort était prononcée pour le crime d'intelligence contre la République (aujourd'hui il est puni par de la détention criminelle et une amende). Voir l'*ordonnance n° 60-1101 du 15 octobre 1960 relative au rappel d'office par le ministre dont ils dépendent des fonctionnaires de l'État en service dans les départements d'outre-mer et dont le comportement est de nature à troubler l'ordre public*, J.O. du 18 octobre 1960, p. 9483; le décret n° 47-1018 du 7 juin 1947 relatif à l'organisation départementale et à l'institution préfectorale dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion, J.O. du 8 juin 1947, p. 5262; Edenz Maurice, « Le préfet face aux enseignants autonomistes en Guyane de 1946 au tournant des années 1960. Une inédite rencontre administrative en contexte post-colonial » (2016), 116 : 4 *Politix* (ci-après Maurice), p. 53 et Marcel Manville, « L'Ordonnance du 15 octobre 1960 sur le rappel d'office en Métropole des fonctionnaires des Départements d'Outre-Mer. Une résurrection du droit de bannissement » (mars-avril 1964), 189-190 *Le droit ouvrier* 27, pp. 27-30.

⁴⁹⁰ Sur le rôle économique du préfet domien : voir Maurice, *ibid.*, p. 60.

⁴⁹¹ « Ce qui sera à l'origine d'excès de sa part ». À cette période, la répression est la norme. L'ancien ministre des colonies, devenu Ministre chargé du Sahara, des DOM-TOM et de l'Énergie atomique, est Jacques Soustelle, fervent partisan de l'Organisation armée secrète. *Ibid.*, p. 215.

⁴⁹² *Ibid.*, pp. 61-62. L'auteur s'intéresse à la Martinique, mais ses conclusions sont applicables à la Guyane.

⁴⁹³ Compte tenu de leur isolement et de leur nombre réduit, l'État français n'a vraisemblablement pas eu pour priorité de recueillir leurs volontés, ni au littoral ni dans le territoire intérieur (Inini). Lire notamment : Espace Caraïbe Amériques, « Servitudes et oppression dans les Amériques. De la période coloniale à nos jours », Centre d'études et de recherches caraïbéennes de l'Université des Antilles et de la Guyane, *Hommage à Jacques Adélaïde-Merlande*, Paris, Karthala, 2000, 325 p.; Collomb et Guyon, *supra* note 477.

⁴⁹⁴ Voir Celestine, *supra* note 470.

les représentants de l'État, parmi lesquels le Préfet, qui ont souhaité, dans les années 1950, regrouper ceux qu'ils appelaient « populations primitives »⁴⁹⁵ dans des réserves⁴⁹⁶.

Un autre exemple peut conforter le constat selon lequel la situation coloniale en Guyane a été maintenue après 1946 : la situation de l'Inini. Malgré la départementalisation, « une certaine confusion a régné sur [son] sort ». Ce territoire a été maintenu dans sa forme particulière *à contrario* « des règles générales de l'orthodoxie administrative ». La loi qui sera adoptée en 1951 ne viendra que modifier son statut, pour une période de dix ans, tout en demeurant en dehors des compétences du Conseil général⁴⁹⁷. Le Préfet de la Guyane et le sous-préfet seront pour toute cette période les détenteurs des pouvoirs de l'ancien Gouverneur sur ce territoire⁴⁹⁸. Ce n'est qu'en 1969 qu'un décret viendra mettre fin à ce statut exceptionnel⁴⁹⁹.

Avec la départementalisation, la Guyane ne devait plus, en principe, être soumise au droit colonial et à ses particularismes juridiques⁵⁰⁰. Pourtant, le *régime des décrets* sera maintenu et même affirmé⁵⁰¹. La législation applicable en Guyane ne sera pas identique à celle applicable en Métropole⁵⁰². L'*ordonnance royale de 1828* et le *Sénatus-consulte de 1854* demeureront, par ailleurs, en vigueur pour les textes antérieurs à la *Constitution de la*

⁴⁹⁵ « En 1952, les Amérindiens (comme les Bushinenge [6]) étaient qualifiés de “populations primitives”, avant d’être désignés à partir de 1987 comme “communautés d’habitants tirant traditionnellement leur subsistance de la forêt”, périphrase commode permettant de justifier les droits spécifiques des communautés par leur mode de vie, et non par l’autochtonie ou l’ethnicité. ». Filoche, *supra* note 481, p. 348.

⁴⁹⁶ Réserves à partir du modèle canadien. Pour plus de précisions : Collomb et Guyon, *supra* note 477.

⁴⁹⁷ *Loi n° 51-1098 du 14 septembre 1951 le département de la Guyane se compose de l'arrondissement de Cayenne et de l'arrondissement de l'Inini doté provisoirement d'un statut particulier précisé par la présente loi (organisation et régime municipal de l'arrondissement)*, J.O. du 18 septembre 1951, p. 9629.

⁴⁹⁸ Sur la militarisation de l'Inini après la départementalisation : Thabouillot, *supra* note 466, p. 48.

⁴⁹⁹ *Décret n° 69-261 du 17 mars 1969 portant réorganisation administrative du département de la Guyane*.

⁵⁰⁰ Lire notamment : Olivier Gohin, « Les outre-mers et le droit constitutionnel Français », dans Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton, *Itinéraires du droit et terres des hommes*, Paris, Mare & Martin, 2017, pp. 881-902.

⁵⁰¹ L'art. 2 de la *Loi de départementalisation du 19 mars 1946* soumettaient l'applicabilité en Guyane de la législation en vigueur en métropole à des décrets d'application. Son art. 3 soumettait l'application des textes législatifs futurs à la Guyane à la volonté du Parlement. Étant donné qu'une majorité de matières législatives en métropole étaient réglementées par décret en Guyane, il était prévu qu'une loi soit promulguée dans toutes les matières dans lesquelles seuls les décrets s'appliquent. Mais cela ne fut pas le cas. *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*

IV^{ème} République (1946)⁵⁰³ et le Chef de l'État pourra toujours intervenir, par le biais de son pouvoir règlementaire, dans les domaines où aucune législation ne se voit applicable⁵⁰⁴.

Sous la V^{ème} République, la première mouture de l'art. 73 de la Constitution est venue abroger le *Sénatus-consulte de 1854* tout en gardant un cadre législatif et une organisation administrative différenciés⁵⁰⁵. Cette différenciation adaptative n'est toutefois qu'une option offerte⁵⁰⁶ - avec une applicabilité limitée : « si la faculté n'est pas utilisée, le régime des DOM doit être identique à la Métropole ». Le régime juridique de la Guyane, en tant que collectivité soumise à l'art. 73, suivait donc en 1958 un *principe d'identité législative* (ou *principe d'assimilation*) atténué par un *principe d'adaptation*⁵⁰⁷. Pour A. Fitte-Duval, le *principe d'identité législative* aura longtemps « ménagé la part du fantasme égalitaire des populations concernées »⁵⁰⁸. Le *principe d'assimilation*, quant à lui, mènera à des dérives⁵⁰⁹. Son contenu est tributaire de la définition métropolitaine de ce que pourrait représenter « la situation particulière » justifiant des dispositions spéciales⁵¹⁰.

Une révision constitutionnelle a été opérée le 28 mars 2003, sous l'impulsion d'une nouvelle lecture du *principe d'indivisibilité* de la République⁵¹¹ amorcé notamment grâce à l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie⁵¹². Cette réforme, ainsi que la *Loi n°2000-*

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ C'était le chef de l'État, sous la IV^{ème} République, qui se retrouvait investi le plus souvent de cette compétence. D'un côté, il pouvait prendre des décrets dans toutes les matières qui n'étaient soumises à aucune législation en Guyane, et même lorsqu'une loi était applicable, il détenait un large pouvoir dans son exécution.

⁵⁰⁵ Dans sa rédaction initiale, l'art. 73 de la Constitution de 1958 indiquait que « [l]e régime législatif et l'organisation administrative des départements d'Outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessaires par leur situation particulière. » *Ibid.*

⁵⁰⁶ L'art. 73 de la Constitution de 1958 n'apportait pas d'indications sur les autorités investies de cette mission.

⁵⁰⁷ Annie Fitte-Duval, « Droit d'outre-mer : Les aléas d'une refondation pluraliste », dans Denys de Béchillon (dir.), *La profondeur du droit local (français)*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Paris, Dalloz, 2006, (ci-après Fitte-Duval), p. 198.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 199.

⁵⁰⁹ Notamment sous les effets de son interprétation restrictive de la part du Conseil constitutionnel. *Ibid.*

⁵¹⁰ Bien que la consultation du Conseil général (aujourd'hui Conseil départemental), étendue ensuite aux conseils régionaux, soit rendue obligatoire « sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions d'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative », leurs avis ne lient pas le gouvernement. Voir art. L. 3444-1 et art. L. 4433-3-1 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT).

⁵¹¹ L'auteur nous donne plusieurs exemples de ce « changement de paradigme ». Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 » (2012), 35-2 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, (ci-après Mélin-Soucramanien), p. 26.

⁵¹² Pour Ferdinand Mélin-Soucramanien « l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et 1999 à la suite des accords de Nouméa a contribué grandement à faire bouger les lignes. En allant au-delà de ce que la lettre comme l'esprit de la Constitution paraissait permettre, notamment s'agissant de la question de la

*1207 du 13 décembre 2000*⁵¹³, ont fait que « [d]ésormais, la différenciation est pratiquement devenue la règle, l'identité l'exception »⁵¹⁴, ceci dans le but de remédier à « l'usage malaisé » du *principe d'identité législative* et d'apporter une « élasticité » au *principe d'adaptation* qui se voit précisé et étendu⁵¹⁵. D'un point de vue organique, la réforme attribue, au côté du *pouvoir d'adaptation* détenu par les autorités métropolitaines, un pouvoir d'adaptation additionnel aux collectivités dans « les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées par la loi »⁵¹⁶. La *Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008*⁵¹⁷ est venue étendre le champ d'application des mesures d'adaptation⁵¹⁸.

L'étude du dispositif de *droits d'usage collectifs* en Guyane ne peut ainsi se réaliser qu'en considérant parallèlement le droit commun (le général) et le droit spécial (le particulier, l'adaptatif), en se rappelant que le *principe d'assimilation (identité législative)* ne trouve pas à s'appliquer dans plusieurs matières régies par des textes antérieurs à 1946⁵¹⁹.

2. La réintégration du dispositif des *droits d'usage collectifs* dans l'ordre juridique français

Plusieurs auteurs font remonter la consécration des *droits d'usage collectifs* en droit français au *décret 48-2028 du 27 décembre 1948 portant réglementation des concessions domaniales*⁵²⁰, soit deux ans après la départementalisation de 1946. Toutefois, la lettre de ce décret nous renseigne sur une source préexistante à son entrée en vigueur⁵²¹ :

citoyenneté, la République française a fait la preuve que le vénérable principe d'indivisibilité [10] était susceptible d'être réinterprété de manière plus constructive que par le passé. » : *ibid.*, p. 27.

⁵¹³ *Loi n°2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer*, J.O. du 14 décembre 2000, texte n° 1.

⁵¹⁴ Mélin-Soucramanien, *supra* note 511, p. 28.

⁵¹⁵ Fitte-Duval, *supra* note 507, pp. 200- 201.

⁵¹⁶ Constitution de 1958, *supra* note 25, art. 73 alinéa 2, 3 et 6 (version en vigueur en 2003).

⁵¹⁷ *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République (I)*, J.O. du 24 juillet 2008, texte n° 2, art. 38.

⁵¹⁸ Alors que celles-ci concernaient le champ législatif et l'organisation administrative, le nouvel art. 73 fait référence aux lois et règlements. Pour aller plus loin, lire : Mélin-Soucramanien, *supra* note 511.

⁵¹⁹ Comme nous l'avons vu dans cette section, il faudrait qu'un texte express ait été pris par le législateur ou le pouvoir réglementaire afin d'abroger ces textes ou faire appliquer une loi métropolitaine.

⁵²⁰ *Décret n° 48-2028 du 27 décembre 1948 portant réglementation des concessions domaniales en Guyane française*, J.O. du 4 janvier 1949, p. 188 (ci-après *Décret du 27 décembre 1948*).

⁵²¹ Ce décret prend assise sur le *décret n° 48-557 du 30 mars 1948 relatif à l'introduction dans le département de la Guyane française de la législation et de la réglementation domaniale*, J.O. du 31 mars 1948; le *décret n° 46-80 du 16 janvier 1946 relatif à la reconnaissance des terrains domaniaux en Guyane française*, J.O. du 9 février 1946, p. 109; *décret du 11 décembre 1908 sur le domaine de l'État en Guyane française*, J.O. du 22

« [L]es Bonis et les tribus indiennes autochtones, à qui des droits d'usage collectifs sont reconnus sur le domaine de l'État, continuent à jouir de ces droits d'une manière effective et continue jusqu'à l'intervention de dispositions domaniales en leur faveur qui seront prises par décret [...]. »⁵²² [Nous soulignons.]

Ce décret a été modifié en 1949 avant d'être abrogé en 1961 puis repris avec l'adoption des décrets n°87-267 du 14 avril 1987 et n°88-199 du 29 février 1988⁵²³. En 2014, ces règlements ont été abrogés, remplaçant l'ancien art. R. 170-56 du code du domaine de l'État par le nouvel art. R. 5143-1 du CG3P. Aujourd'hui, c'est ce dernier article qui réglemente principalement les *droits d'usage collectifs*, parallèlement à leur récente consécration législative⁵²⁴.

Dans les lignes qui suivent, nous présenterons ce dispositif, lequel permet aux peuples autochtones, sous certaines conditions, d'exercer la chasse, la pêche et, d'une manière générale, toute activité nécessaire à leur subsistance. Un dispositif juridique dont la définition (2.1.) et le régime applicable (2.2.) demeurent difficiles à appréhender, faute de législations claires, de jurisprudences existantes sur le sujet et au vu des nombreuses superpositions d'organes décisionnels, de compétences croisées et de normes applicables.

2.1. La difficile définition des actes unilatéraux du préfet constatant les droits d'usage collectifs

Les *droits d'usage collectifs* sont reconnus comme un dispositif d'exception, de source règlementaire, permettant de délimiter géographiquement un territoire sur lequel une communauté autochtone peut exclusivement, du moins dans la théorie, utiliser la terre et ses ressources⁵²⁵. Ils sont constatés sur des terrains domaniaux par arrêté préfectoral aux communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leur subsistance de la forêt⁵²⁶ pour la

décembre 1908, dont le 1^{er} article dispose que les terres vacantes et sans maître font partie du domaine de l'État. Il reproduit les dispositions du *décret du 15 novembre 1898 concernant le domaine de l'État*. Cette disposition a été codifiée dans l'ancien art. D. 33 du Code du domaine de l'État par le *décret n° 62-300 du 14 mars 1962 portant codification et modification des décrets applicables au domaine de l'État*, J.O. du 18 mars 1962.

⁵²² Décret du 27 décembre 1948, *supra* note 520.

⁵²³ Décret n°88-199 du 29 février 1988 relatif aux titres de préfet et de sous-préfet, J.O. du 2 mars 1988.

⁵²⁴ Depuis 2005 *droits d'usage collectifs* sont mentionnés dans la partie législative du code forestier aux articles L.272.-2 et L. 272.-4 et suivants, et du code de l'environnement à l'art. L. 331-15-3.

⁵²⁵ Une exclusivité remise en cause du fait, notamment, du manque de contrôle du respect de ces droits et du manque de jurisprudence sur la question. Plusieurs questions demeurent en suspens comme nous le font remarquer Davy, Filoche et al., *supra* note 20, p.104.

⁵²⁶ Les *droits d'usages collectifs* sont constatés en faveur de chaque communauté précisément identifiée (l'arrêté précise l'identité et la composition de la communauté) et à ses seuls membres. Bien qu'il s'agisse de *droits collectifs*, ce sont les individus qui les exercent. Par ailleurs, un débat doctrinal existe sur la définition du terme

pratique de la chasse, de la pêche et, d'une manière générale, pour l'exercice de toute activité nécessaire à leur subsistance⁵²⁷. Ces droits s'exercent sur des « aires de parcours » dans les limites géographiques et d'usage définies dans l'arrêté⁵²⁸.

En France, les *droits d'usage collectifs* ne profitent pas d'une protection constitutionnelle. Ils sont soumis aux principes, procédures et règles administratifs de droit commun (adaptés), dans le cadre desquels l'*intérêt général* occupe une place centrale. Au sein de ce droit, une distinction matérielle est opérée en matière d'actes administratifs unilatéraux se matérialisant par une « double dichotomie » entre *actes réglementaires* et *actes non réglementaires*, et au sein de cette seconde catégorie, entre *actes individuels* et *décisions d'espèce* (ou décisions hybrides)⁵²⁹. Chacune de ces catégories se voit appliquer un régime juridique propre⁵³⁰, élaboré progressivement par la doctrine et la jurisprudence administratives, bien qu'aucun de ces régimes ne semble être fixé aujourd'hui d'une manière catégorique⁵³¹. Il s'en suit, que pour bien étudier le dispositif des *droits d'usage collectifs*, une première étape est nécessaire : la classification juridique des actes les constatant dans l'ordre juridique français.

Par le biais d'un arrêté préfectoral, l'existence des *droits d'usage collectifs* est attestée par le représentant de l'État. Au sein de chaque arrêté pris, sont édictés : la situation, la superficie et la consistance des terrains domaniaux, la nature des *droits d'usage collectifs* dont l'existence est constatée et l'identité et la composition de la communauté autochtone

« subsistance ». À titre d'exemple, nous pouvons lire Hélène Vestur (conseillère d'État) sur la question : « [I]l'intention du législateur n'a pas été de permettre le développement d'activités économiques dans l'acception moderne du terme, mais il n'a certainement pas entendu restreindre la finalité desdites activités à l'autoconsommation, car si les activités commerciales proprement dites ne participent pas de la tradition me semble-t-il, le don et l'échange sont à la base des relations à l'intérieur des communautés et entre communautés... Il me semble donc envisageable d'adopter une conception évolutive des besoins des membres des communautés d'habitants et de constater qu'aujourd'hui, la subsistance comprend la satisfaction de besoins nouveaux. [...] Il faut en parler afin de tenter d'élaborer une doctrine du Parc qui réponde aux attentes et besoins des membres des communautés et qui reçoive l'aval de l'État. » Hélène Vestur, « Note sur les zones de droits d'usage collectif » (juin 2010), en ligne : <http://www.blada.com/data/File/2012pdf/conseiletat161112.pdf>.

⁵²⁷ Art. R. 5143-1 du CG3P.

⁵²⁸ Filoche et al., *supra* note 23, p 78.

⁵²⁹ Bertrand Seiller, *Droit administratif : 2. L'action administrative*, 7^{ème} édition, Paris, Flammarion, 2018 (ci-après Seiller), p. 151.

⁵³⁰ Les *actes réglementaires* et les *actes non réglementaires* suivent des règles très distinctes en matière d'édition, de motivation, de publication, d'opposabilité et d'ouverture des recours devant le juge. Pour plus d'informations sur les distinctions doctrinales entre ces deux catégories, lire notamment : *ibid.*, p. 154-158.

⁵³¹ Pour plus de précisions sur la non-définition de l'acte administratif unilatéral par la jurisprudence : Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *Droits administratifs*, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2017 (ci-après Lombard, Dumont et Sirinelli »), pp. 241-246.

qui en bénéficie. Par conséquent, chaque arrêté préfectoral est unique et s'applique particulièrement à une communauté autochtone identifiée. De ce fait, il ne rentre pas dans la définition matérielle de l'*acte réglementaire*⁵³². Mais son rattachement à la catégorie des *actes non réglementaires* ne lui attribuerait pas *de facto* un statut d'acte créateur de droits. Or, ce statut est le plus déterminant pour circonscrire le régime juridique applicable à un A.A.U.⁵³³. Dès lors, il est important de se pencher sur cette question.

Pour les *actes non réglementaires*, il ressort d'une importante décision de la Cour administrative d'appel, que les « actes recognitifs [dits déclaratoires] de situation, par lesquels l'administration se borne à tirer les conséquences d'une situation juridique préexistante » ne sont pas des actes créateurs de droits⁵³⁴. Par leur biais, l'auteur ne fait qu'attester du respect des conditions prévues dans un texte, pour faire bénéficier des avantages qu'il procure, sans aucun pouvoir d'appréciation⁵³⁵. Le terme utilisé dans le cadre du décret est « la constatation ». Cela présuppose que les *droits d'usage collectifs* sont préexistants à l'acte du préfet par lequel il ne fait qu'en constater l'existence. Toutefois, le préfet, après avoir reçu une demande des intéressés, délimite la situation géographique et la nature de ces droits (pêche, cueillette, etc.), la consistance des terrains domaniaux et l'identité de la communauté dans les arrêtés. Il reçoit, de surcroît, l'avis du directeur régional des finances publiques⁵³⁶, et dans certains cas⁵³⁷, l'avis des collectivités territoriales et de l'Office national des forêts (« ONF »)⁵³⁸. Il y a donc bien là un pouvoir décisionnel, puisque le préfet peut, du moins d'apparence, réaliser une délimitation différente de la demande qui lui a été adressée, ou émettre des limites à l'exercice des droits. D'un autre côté, ces arrêtés ont des

⁵³² Selon laquelle il est un « acte administratif unilatéral *général* et *impersonnel* » devant « s'appliquer à tous ceux qui entrent dans son champ d'application, quelle que soit leur identité ». Didier Truchet, *Droit administratif*, 8^e éd., Thémis, P.U.F, Paris, 2019 (ci-après D. Truchet), p. 255.

⁵³³ *Ibid.*, p. 258.

⁵³⁴ C.A.A. Douai, 18 novembre 2003, *M. Pierru*, A.J.D.A. 2004, p. 1088.

⁵³⁵ Conseil d'État, sect., 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, R.F.D.A. 2003, p. 240; Conseil d'État, sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, Lebon, p. 414. Voir Truchet, *supra* note 532, p. 229.

⁵³⁶ Art. R. 5143-1 du CG3P.

⁵³⁷ Lorsqu'ils sont constatés sur les « terrains des collectivités territoriales » : art R. 372-11 du CGCT

⁵³⁸ L'ONF est un établissement public à caractère industriel et commercial. Ses activités et actions sont largement décriées depuis le début des années 2000 et surtout après la signature du contrat d'objectifs et de performance. Il est soumis à un processus de privatisation indirecte actuellement et laisse planer un danger concernant le futur des forêts guyanaises. Le Conseil constitutionnel a été saisi sur la question le 3 novembre 2020. Voir Vie-publique, « Projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique », (4 novembre 2020), en ligne : <https://www.vie-publique.fr/loi/273138-projet-de-loi-acceleration-et-simplification-de-laction-publique-asap> (consulté le 10 novembre 2020).

effets juridiques sur les intéressés qui ne sont plus, en principe, dans l’obligation de demander des autorisations pour chaque prélèvement⁵³⁹. L’arrêté permet de créer des droits au profit des peuples autochtones sur le domaine privé des personnes publiques⁵⁴⁰, et ne se borne pas seulement à constater une situation préexistante comme le laisserait croire la lettre du décret.

Finalement, il est écrit dans les textes que les arrêtés constatant l’existence des *droits d’usage collectif* doivent être publiés dans le Recueil des actes administratifs. Cette situation pourrait renverser toute analyse définissant ces arrêtés comme des *actes non réglementaires*. Cependant, en droit administratif français, certains actes individuels doivent être simultanément notifiés à leurs destinataires et publiés au Recueil des actes administratifs⁵⁴¹. Nous remarquons donc que le droit administratif français n’apporte pas une réponse ferme quant à la définition des arrêtés, face à ce que D. Truchet appelle « une zone grise »⁵⁴² et ce que J. Waline nomme un « problème »⁵⁴³. Comme le précise D. Truchet : « la diversité croissante des procédés de l’administration et l’extension de la catégorie des *actes non réglementaires* et non individuels (parfois difficiles à distinguer des autres actes) suscitent aujourd’hui des hésitations et des reclassements »⁵⁴⁴. Il relève, par ailleurs, des dernières décisions du Conseil d’État, que les « qualifications sont mouvantes [...], subtiles, ou déconcertantes »⁵⁴⁵ et précise que cette situation est la conséquence d’un « manque de doctrine claire et ferme du Conseil d’État [...] qui motive peu ses décisions, qui sont manifestement « pollués » [...] par des considérations étrangères au contenu des actes [...] ».⁵⁴⁶ La classification opérée par le nouveau Code des relations entre le public et l’administration (« CRPA »), entre *actes décisoiress* et *non décisoiress*, n’apporte pas plus de lisibilité⁵⁴⁷.

⁵³⁹ Néanmoins, le prélèvement de certaines ressources est réglementé voire interdit par l’arrêté lui-même et/ou plus généralement par le droit applicable.

⁵⁴⁰ Les *droits d’usage collectifs* sont prévus au titre IV du CG3P ayant pour titre. : « Dispositions particulières au domaine privé de l’État en Guyane. »

⁵⁴¹ Lorsque de tels actes ont des effets qui dépassent les personnes visées, leur publication devient importante. Voir Truchet, *supra* note 532, p. 268.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 258.

⁵⁴³ Waline, *supra* note 39, p. 463.

⁵⁴⁴ Truchet, *supra* note 532, p. 256.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, pp 256-257.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 257.

⁵⁴⁷ Il n’y ait question que de diviser les A.A.U. en ces deux catégories sans autres précisions. Voir CRPA, art. L. 200-1.

2.2. *Le régime juridique pouvant être applicable aux arrêtés constatant les droits d'usage collectifs*

Nous prenons ici en compte la conclusion selon laquelle les arrêtés constatant les *droits d'usage collectifs* sont des actes décisaires et créateurs de droits. De tels actes ne peuvent, en principe, être abrogés à l'initiative de l'administration ou sur la demande d'un tiers que sous deux conditions cumulatives : (1) s'ils sont illégaux⁵⁴⁸, (2) et si l'abrogation intervient dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision⁵⁴⁹. Par dérogation à cette disposition, l'art. L. 242-2 du CRPA permet toutefois à l'administration, sous sa propre initiative et sans condition de délai d'« abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie [...] »⁵⁵⁰. Ainsi, en vertu du droit français, les *droits d'usage collectifs* peuvent être légalement retirés à leurs titulaires si les conditions entourant leur octroi ne sont plus remplies⁵⁵¹. Cette situation est d'ailleurs prévue dans des textes spéciaux⁵⁵². En outre, le CG3P précise d'autres limites à l'exercice des *droits d'usage collectifs* :

Les droits d'usage mentionnés à l'article R. 5143-1 ne peuvent être exercés que sous réserve de l'application des dispositions relatives à la recherche et à l'exploitation de substances minières et des dispositions relatives à la protection de la nature et des espèces animales et à la défense de l'environnement. Ils ne font pas obstacle à la réalisation de travaux d'aménagement ou d'équipement collectifs.⁵⁵³

⁵⁴⁸ Conseil d'État, ass., 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, Lebon, p. 790; Conseil d'État, ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, Lebon, p. 497. Ce dernier arrêt a modifié substantiellement les règles établies par le premier : il opère une modification du délai de retrait par l'administration d'une décision individuelle illégale créatrice de droits prise explicitement. Un retrait devant intervenir pour un motif de légalité et non pour un motif d'opportunité. Des règles confirmées par le CRPA et étendues aux décisions implicites. Voir art. L. 242-1 CRPA; la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, J.O. n°88 du 13 avril 2000, texte n°1, art. 23 (abrogé); Conseil d'État, sous-sect. réunies, 26 janvier 2007, *SAS Kaefer-Wanner*, Lebon, p. 24.

⁵⁴⁹ Conseil d'État, sect. du contentieux, 6 mars 2009, *Coulibaly*, A.J.D.A. 2009, p. 455, repris à l'art. L. 242-1 CRPA.

⁵⁵⁰ Art. L. 242-2 CRPA.

⁵⁵¹ Les décisions administratives assorties d'une condition sont créatrices de droits si la condition prévue dans l'acte ou par le texte qui le régit est remplie. Dès lors qu'elle n'est plus remplie, l'acte administratif n'est plus considéré comme un acte créateur de droit et il peut être retiré par l'administration. Conseil d'État, sous-sect. réunies, 8 février 1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, Lebon, p. 28; Conseil d'État, sous-sect. réunies, 5 juillet 2010, *CCDI de l'Inde*, Lebon p. 238.

⁵⁵² Art. R. 5143-1 du CG3P et art. R. 372-11 du CGCT.

⁵⁵³ Art. R. 5143-2 du CG3P.

Sur la base de ces éléments, nous proposons, aux fins de l'analyse qui suit, une classification non exhaustive de limites applicables aux *droits d'usage collectifs*⁵⁵⁴. La première catégorie se composerait de limites intrinsèques : (1) s'il est jugé de l'illégalité de l'arrêté préfectoral les constatant et que l'abrogation se fait dans les quatre mois suivant la prise de décision du Préfet, et (2) si les conditions entourant leur octroi ne sont plus remplies. La seconde catégorie, relative aux limites extrinsèques, comprendrait les limites prévues à l'art. R. 5143-2 du CG3P précédemment citées. Dans ce dernier cas de figure, les limites peuvent notamment se matérialiser en des A.A.U. prenant la forme de titres ou d'autorisations administratives de recherche et d'exploitation minière, de déclarations d'utilité publique ou de projet aux fins de la réalisation de travaux, de construction et d'opération d'aménagement⁵⁵⁵ ou en des prescriptions d'exercer certaines pratiques qui iraient, au sens des autorités compétentes – comme le Parc amazonien de Guyane (« PAG »)⁵⁵⁶ et l'ONF - à l'encontre de la préservation ou la protection de l'environnement.

Qu'il s'agisse des arrêtés préfectoraux constatant les *droits d'usage collectifs* ou les différentes autorisations, titres, prescriptions et déclarations pouvant émaner des personnes publiques, de tels actes sont susceptibles de *contrôle de légalité* par le juge administratif. Ce contrôle s'articule autour de l'*intérêt général*, ce qui nous amène, dans la partie suivante à s'intéresser à cette notion. Étudier son rôle au sein du droit public français et son contenu nous permettra de mettre en lumière l'interprétation qu'en feront les juridictions dans un contexte de *droits d'usage collectifs*.

⁵⁵⁴ D'autres limites peuvent être relevées. Elles ne sont pas toutes développées ici pour une question de concision.

⁵⁵⁵ Art. L. 122-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

⁵⁵⁶ Le PAG est un parc national français dans le sud de la Guyane (Maripa-Soula, Papaïchton, Saül, Saint-Elie et Camopi). Il s'agit de la zone la plus protégée de l'Union européenne. Le droit français prévoit des dispositions dérogatoires pour le PAG. A titre d'exemple, il est prévu qu'il tienne compte de l'existence des *droits d'usage collectifs* et qu'il prévoit des règles particulières pour les détenteurs de ces droits. Voir : art. L. 331- 15-1 à L. 331- 15-7 du code de l'environnement et le *décret n° 2007-266 du 27 février 2007 créant le parc national dénommé "Parc amazonien de Guyane"*, J.O. du 28 février 2007, texte n° 91 (ci-après *Décret créant le PAG*).

Partie 2. L'interprétation de l'*intérêt général* par les juridictions administratives et constitutionnelles dans le contexte d'une atteinte aux *droits d'usage collectifs*

Les arrêtés constatant les *droits d'usage collectifs*, en tant qu'actes décisoirs créateurs de droit, sont susceptibles de recours devant le juge administratif. L'étude du *contrôle de légalité* de ces actes, même si elle revêt un intérêt certain, ne fera pas partie de la démonstration qui suit⁵⁵⁷. Nous avons choisi de nous intéresser aux situations dans lesquelles d'autres A.A.U. viendraient mettre en œuvre deux des trois limites extrinsèques mentionnées précédemment : 1) la recherche et l'exploitation de substances minières et, 2) la protection de la nature et des espèces animales et la défense de l'environnement⁵⁵⁸. L'action de la puissance publique visant la satisfaction de l'*intérêt général*, les différents actes pouvant être pris par l'administration pour la recherche et l'exploitation minière ou pour la protection de l'environnement poursuivent nécessairement cette fin. Par conséquent, le *contrôle de légalité* de tels actes s'articule grandement autour de la notion d'*intérêt général* et nous intéresse particulièrement.

Nous commencerons, dans cette partie, par préciser, d'une manière pratique et succincte, la place attribuée à l'*intérêt général* en droit public français (section 1) avant de nous attarder à ses interprétations jurisprudentielles⁵⁵⁹ sur la base des deux limites extrinsèques choisies (section 2). Le but poursuivi est de relever, à partir l'analyse de cette jurisprudence, l'interprétation qui pourrait être retenue, dans l'avenir, en cas de litige relativement aux *droits d'usage collectifs*.

⁵⁵⁷ Aucune jurisprudence sur la question n'existe aujourd'hui.

⁵⁵⁸ La troisième limite, soit la réalisation de travaux d'aménagement ou d'équipement collectifs aurait certainement mérité une analyse approfondie, mais pour une question de concision, nous avons décidé de n'étudier que les deux premières. D'autres limites peuvent exister en dehors des trois mentionnées, du moment qu'elles sont réalisées pour l'*intérêt général*. Par exemple : des mesures pour la préservation des sites archéologiques ou la salubrité publique.

⁵⁵⁹ Cette situation nous invite à s'attarder sur l'interprétation de cette notion par les juges administratifs et constitutionnels relativement à chacune des deux fins posées. Au vu du nombre important de décisions administratives et constitutionnelles traitant de l'*intérêt général*, il a été nécessaire de circonscrire celles nécessitant une plus grande analyse de notre part, c'est-à-dire celles ayant œuvré à la construction de l'idéologie de l'intérêt général en droit français et les décisions les plus récentes traitant d'un sujet connexe aux deux limites choisies aux fins de notre analyse.

Section 1. L'intérêt général, au fondement du droit public français

La notion d'*intérêt général* est une « notion transversale du droit »⁵⁶⁰. De nombreux débats existent sur sa définition, sa détermination, son identité ou son origine⁵⁶¹. Nous ne chercherons pas ici à préciser son cadre conceptuel en France, mais nous nous intéresserons plutôt à ses manifestations fonctionnelles dans le cadre des litiges de droit public. L'élément déterminant qui ressort de ces litiges est « qu'il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général »⁵⁶². En clair, le Conseil constitutionnel permet au législateur de porter atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution, si les limitations sont justifiées par l'*intérêt général*. Le juge administratif opère quant à lui un *contrôle de légalité* des normes réglementaires édictées par les autorités étatiques devant être prises dans l'*intérêt général*.

La présentation du *contrôle de légalité* (1) et du *contrôle de constitutionnalité* (2), intimement liés à cette notion, nous permettront plus tard de relever l'interprétation de l'*intérêt général* par les juges dans le cadre d'actes administratifs pouvant limiter l'exercice des *droits d'usage collectifs*. Il aurait été possible de limiter notre exposition au contrôle opéré par le juge administratif, seulement le Conseil constitutionnel détient « un rôle d'orientation » en attribuant une place prépondérante à la notion d'*intérêt général* dans ses décisions⁵⁶³.

1. La fonction de l'intérêt général dans le cadre du contrôle de légalité des A.A.U.

Les autorités publiques jouissent de prérogatives leur permettant de poursuivre la réalisation de l'*intérêt général*⁵⁶⁴. Dans le cadre d'un A.A.U., le pouvoir de décision dont dispose l'administration doit tendre vers un objectif d'*intérêt général*. Exercer ce pouvoir d'une manière qui irait à l'encontre de cet objectif, ou qui poursuivrait des fins complètement étrangères à l'*intérêt général* sont des causes d'illégalité de tels actes⁵⁶⁵. Le juge

⁵⁶⁰ Didier Truchet, « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit » (2017) 58 : 1 LEGICOM 5, p. 5

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² CE, *Rapport public 1999*, *supra* note 27.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ « C'est ce qu'exprime la formule suivante que le juge administratif emploie fréquemment : « il appartient à l'Administration d'apprécier dans l'intérêt général si ... » : Truchet, *supra* note 532, p. 232.

⁵⁶⁵ Seiller, *supra* note 529, p. 263.

administratif, statuant en excès de pouvoir⁵⁶⁶, est compétent pour en contrôler la légalité. De plus en plus, il l'est également dans le cadre des recours objectifs de plein contentieux⁵⁶⁷, qui s'avèrent être plus efficaces dans le contexte des actes individuels⁵⁶⁸. Ici, nous n'aborderons que le contrôle du juge dans le cadre du recours pour excès de pouvoir en ce qu'un tel recours tend à la protection du droit et non à la reconnaissance de droits.

Une doctrine constante divise les cas d'ouvertures du recours pour excès de pouvoir selon qu'ils constituent des moyens de *légalité interne* ou de *légalité externe*⁵⁶⁹. Dans notre cas, la *légalité interne* nous intéresse davantage en ce qu'elle s'attache au contrôle du fond de la décision administrative en demandant : est-ce qu'elle viole la loi ? est-ce qu'elle matérialise un *détournement de pouvoir* ?⁵⁷⁰ Le *détournement de pouvoir* est constitué et amène à l'annulation de l'A.A.U. lorsque le juge relève que l'autorité administrative l'ayant pris n'a poursuivi aucun objectif d'*intérêt général*, mais a plutôt cherché à défendre des intérêts d'ordre privé, des intérêts de tiers, une orientation politique ou idéologique ou une volonté de vengeance ou de favoritisme⁵⁷¹. Cependant, la défense d'un intérêt privé n'amène pas nécessairement à l'annulation de l'acte lorsque cette défense poursuit en même temps un objectif d'*intérêt général*. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt du Conseil d'État du 20 juillet 1971 : même si la décision administrative de déviation de la route procure un avantage à la société privée « automobiles peugeot », la juge a estimé qu'elle est conforme à l'*intérêt général* et n'est pas entachée de *détournement de pouvoir* en ce qu'elle permet « le développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie

⁵⁶⁶ Le recours pour excès de pouvoir est un recours en annulation par lequel il est demandé au juge d'annuler un acte administratif pour cause d'illégalité. Pour plus de précisions, voir notamment Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, Dalloz, 10^e édition, 2019 (ci-après Lebreton), pp. 484-510.

⁵⁶⁷ Pour plus de précisions sur ce recours, voir *ibid.*, pp. 488– 489.

⁵⁶⁸ David Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, thèse de doctorat, Le Havre, L.G.D.J., 2002, pp. iv-428.

⁵⁶⁹ Le Conseil d'État fait référence à la notion de *cause juridique*. Voir notamment Conseil d'État, sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, A.J.D.A. 2019, p. 271.

⁵⁷⁰ Un tel contrôle amène, si le moyen soulevé est le *détournement de pouvoir*, à l'appréciation de la volonté de l'auteur, de l'objectif « psychologique » qui l'a conduit à prendre sa décision : est-ce qu'il s'agit d'un but d'*intérêt général* ? Et si oui, est-il celui qui a été prévu par les textes ? Si le moyen soulevé est la *Violation de la loi*, le contrôle s'opère sur les *motifs de fait* et les *motifs de droit* : l'acte attaqué porte-t-il atteinte aux normes supérieures ? L'administration a-t-elle mal interprété les règles juridiques applicables ou a-t-elle appliqué des règles juridiques inapplicables ? A-t-elle fondé sa décision sur des faits existants, bien qualifiés juridiquement ? Finalement, est ce que l'objet de l'acte est proportionné aux *motifs de fait* ?

⁵⁷¹ Pour plus de précisions, voir Lombard, Dumont et Sirinelli, *supra* note 534, pp. 513-514; Lebreton, *supra* note 566, p. 533 et Waline, *supra* note 39, pp 736 -737.

régionale »⁵⁷². Comme le rappelle G. Lebreton, « la recherche de l'intérêt général se confond souvent légitimement avec la satisfaction d'un intérêt privé »⁵⁷³.

Le *détournement de pouvoir* est également constitué lorsque l'administration, bien qu'elle ait poursuivi un objectif d'*intérêt général*, n'a pas cherché à satisfaire celui pour lequel elle dispose du pouvoir de décision. Cela a notamment été le cas dans des affaires où des décisions administratives avaient été prises afin de procurer des revenus à la commune sous la justification d'un objectif de préservation de la moralité publique⁵⁷⁴, de modifier le plan local d'urbanisme (« PLU ») afin de baisser le prix de terrains que la commune souhaitait acquérir⁵⁷⁵ ou de classer une partie du territoire dans les zones de richesses naturelles non pas dans un souci de protection de la « richesse naturelle » des lieux mais exclusivement pour éviter d'étendre le réseau d'assainissement⁵⁷⁶. Toutefois, en présence de pluralité d'objectifs d'*intérêt général*, le *détournement de pouvoir* n'aboutit à l'annulation de l'acte que dans le cas où l'objectif d'*intérêt général* invoqué par l'administration est illégitime et a été déterminant dans sa prise de décision⁵⁷⁷. Ainsi, même si un intérêt extérieur à l'*intérêt général* et illégitime est relevé, il suffit, qu'un seul des buts poursuivis par l'administration soit légitime et d'*intérêt général* pour fonder la légalité de l'acte et écarter tout *détournement de pouvoir*.

Le *détournement de pouvoir* constitue le moyen de la légalité interne le moins admis par le juge administratif, qui y voit probablement un « caractère infamant »⁵⁷⁸ et déshonorant pour l'administration. En outre, la doctrine s'accorde à considérer difficile la preuve d'un *détournement de pouvoir*, dans la mesure où il faut établir le « but psychologique » de l'administration⁵⁷⁹. Cela conduit à s'interroger sur l'opportunité de ce cas d'ouverture et nous pousse à étudier le second moyen de *contrôle de la légalité interne*, dit communément « attrape-tout » : *la violation de la loi*. Le juge admet ce dernier moyen pour sanctionner la

⁵⁷² Conseil d'État, sous-sect. réunies, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, A.J.D.A. 1972, p. 227.

⁵⁷³ Lebreton, *supra* note 566, p. 514.

⁵⁷⁴ Conseil d'État, 4 juillet 1924, *Beagé*, Lebon, p. 641.

⁵⁷⁵ Conseil d'État, sous-sect. réunies, 12 janvier 1994, *Esvan*, Lebon, p. 769.

⁵⁷⁶ Conseil d'État, sous-sect. réunies, 20 novembre 2000, *Commune de Guichen*, Lebon, p. 1281.

⁵⁷⁷ Conseil d'État, ass., 13 Janvier 1971, *Geismar*, 81087, Lebon, p. 31.

⁵⁷⁸ Lebreton, *supra* note 566, p. 514.

⁵⁷⁹ Bien que la jurisprudence admette comme preuves des « présomptions sérieuses » ou « des allégations du requérant non contredites par l'Administration » Conseil d'État, ass., 23 octobre 1957, *Chailloux*, Lebon, p. 518; Conseil d'État, sous-sect. réunies, 7 février 2001, *Adam*, R.F.D.A. 2001, p. 531

violation de toutes les règles, sauf celles relevant d'une *illégalité externe* ou d'un *détournement de pouvoir*. Mais est-ce que la *Violation de la loi* serait recevable pour arguer que l'administration n'a pas pris une décision œuvrant à la poursuite de l'*intérêt général* ?

La réponse à cette question nous semble affirmative en présence d'un acte décisoire de l'administration qui interpréterait faussement une règle supérieure définissant sa compétence dans la poursuite de l'*intérêt général*. Le juge peut relever dans cette situation une illégalité sans faire appel aux intentions de l'administration. Il suffit de dire, sans faire appel à l'objectif poursuivi, que la démarche suivie par l'administration est objectivement contraire à la norme supérieure. La réponse peut également être affirmative dans le cas où la *qualification juridique des faits* serait erronée aux yeux du juge. Dans ce cas, le juge pourrait apprécier, par exemple, la légalité d'une décision administrative autorisant ou interdisant des travaux de recherche ou d'exploitation minières en contrôlant ce que constituerait le fait de « porter au maximum compatible avec les conditions économiques le rendement final [des] gisements »⁵⁸⁰. Au lieu d'annuler l'autorisation sur le terrain du *détournement de pouvoir*, si par exemple il est argué que l'administration ait autorisé une grande entreprise à exploiter sur une durée excessive pour un motif extérieur à l'*intérêt général*, le juge préférera l'annuler sur le terrain de la *Violation de la loi*. En effet, « [q]uand l'ouverture de la « *Violation de la loi* » [...] avec ses diverses rubriques est très accueillante, il est facile [pour le juge] de traduire en termes objectifs le grief plus ou moins mêlé de subjectivité de détournement de pouvoir »⁵⁸¹.

Toutefois, dans le cadre de l'appréciation de la *qualification juridique des faits*, le degré de contrôle du juge dépend du degré de liberté de l'administration dans sa prise de décision, qu'il relève des textes. Une distinction est réalisée entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire, alors même que dans la pratique, il y a toujours une part des deux dans une décision administrative. La *compétence liée* impose au juge un plus grand degré de contrôle, en vérifiant que les faits de l'espèce sont de nature à justifier la décision prise. À contrario, face à un *pouvoir discrétionnaire*, le juge réduit son contrôle à une simple *erreur manifeste*

⁵⁸⁰ Art. L. 161-2 du code minier.

⁵⁸¹ Georges Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) » (9 mai 1997), 2 Cahiers du Conseil constitutionnel, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>.

d'appréciation. Dans plusieurs domaines, le Conseil d'État vient limiter expressément le contrôle du juge administratif à l'*erreur manifeste d'appréciation*. Cela est notamment le cas dans le cadre de l'imposition, par l'administration, de prescriptions au code de l'environnement lorsqu'elle délivre un permis de construire (d'un projet éolien par exemple)⁵⁸². Néanmoins, même en présence d'un pouvoir discrétionnaire, le juge a étendu son contrôle à un *contrôle de bilan coûts – avantages*, dans certaines situations précises.

Le *contrôle de bilan coûts-avantages* amène le juge à apprécier l'adéquation des moyens utilisés par l'administration par rapport aux objectifs assignés⁵⁸³. Si les mesures prises par l'administration dans l'*intérêt général* amènent à une atteinte excessive aux intérêts privés en jeu ou à un *intérêt général* différent de celui poursuivi par l'expropriation (comme la protection de l'environnement), elles peuvent être remises en cause dans le cadre du *contrôle de proportionnalité*. Ce contrôle basé sur la balance entre l'utilité et les désavantages financiers, sociaux et environnementaux d'une mesure s'applique principalement en matière d'expropriation⁵⁸⁴. Son champ d'application s'est toutefois étendu aujourd'hui⁵⁸⁵. Selon N. Tiger Winterhalter, l'emploi de la notion d'*intérêt général* dans ce cadre permet au juge administratif « d'étendre son contrôle dans le domaine de l'opportunité »⁵⁸⁶, c'est-à-dire le *contrôle de l'utilité*, du choix de la mesure administrative. Ce passage du *contrôle de la légalité* vers le *contrôle de l'opportunité* semble se réaliser lorsque la qualification juridique des faits résulte de critères subjectifs⁵⁸⁷.

⁵⁸² CE, 16 octobre 2015, 385114, Lebon.

⁵⁸³ Lombard, Dumont et Sirinelli, *supra* note 534, p. 515.

⁵⁸⁴ Appelée « jurisprudence du bilan ». La doctrine relève sa source dans l'arrêt : CE, Ass., 28 mai 1971, *Min. Équipement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, G.A.J.A. n° 80-1.

⁵⁸⁵ Son application est notamment relevée dans des décisions administratives sur l'utilisation des sols et les « projets d'intérêt général » au sens de l'art. R. 121-3 du Code de l'urbanisme. Voir Conseil d'État, 6 / 2 sous-sections réunies, 23 mars 1992, 87601 87604 87668, Lebon. Dans cette affaire le détournement de pouvoir n'a pas été relevé. Le Conseil d'État a estimé que « [I]l'implantation du parc d'attraction Eurodisneyland dans le secteur IV de Marne-la-Vallée et la construction de ses équipements annexes, qui sont de nature à entraîner des créations d'emplois et à contribuer au rééquilibrage de la région parisienne vers l'Est, présentent un caractère d'intérêt général. »

⁵⁸⁶ Nathalie Tiger Winterhalter , « Le juge administratif et l'intérêt général », Intervention devant la Cour national du droit d'asile, p. 10, en ligne : http://www.cnnd.fr/content/download/5174/15652/version/1/file/site_intervention_mme_tiger.pdf (ci-après Tiger Winterhalter).

⁵⁸⁷ Lebreton, *supra* note 566, p. 742.

Le juge administratif, en se référant à la notion d'*intérêt général* et en pesant les différents intérêts, substitue son appréciation à celle de l'administration « sur ce qui paraissait être le cœur de son pouvoir discrétionnaire (les arbitrages entre les intérêts en présence) »⁵⁸⁸. Certains auteurs y voient le risque que le juge « s'affranchi[sse] des bornes du strict contrôle de légalité et [fasse] œuvre d'administrateur »⁵⁸⁹. Mais dans une situation où les textes ne sont pas précis ou sont marqués par des intérêts contradictoires, d'apparence, un tel contrôle semble offrir de meilleures garanties contre le pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'administration dispose du pouvoir de choisir entre plusieurs décisions et de se prononcer au regard de l'opportunité de plusieurs objectifs d'*intérêt général*. Plusieurs de ces décisions considérées légales en droit public français peuvent ne pas être opportunes en réalité. La seule manière de contester alors le choix opéré par l'administration est l'appréciation de son opportunité au regard des circonstances. Néanmoins, la doctrine s'accorde à penser que le contrôle approfondi ne fonde que très rarement des annulations, et que les rares cas où il a été appliqué concernent des projets impliquant une expropriation d'intérêt local ou régional, ou des projets de faible ou moyenne importance portant atteinte à des droits et libertés fondamentaux. Selon G. Lebreton :

Le contrôle du bilan coût-avantages apparaît finalement assez factice. C'est un épouvantail qu'on agite à grands cris pour chasser les moineaux, et qu'on tient prudemment au repos, au mépris des exigences de l'État de droit, quand plane l'ombre de la politique gouvernementale.⁵⁹⁰

2. La fonction de l'*intérêt général* dans le cadre du *contrôle de constitutionnalité*

Dans sa décision Nouvelle-Calédonie de 1985, le Conseil constitutionnel énonce le principe de primauté de la Constitution⁵⁹¹. Sa célèbre formule « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution » consacre ce principe. Des auteurs y relèvent cependant un paradoxe : le juge, sans disposer de la légitimité politique, se retrouve à contrôler et à censurer la loi, expression de la volonté générale. Mais le Conseil constitutionnel semble prudent dans la formulation de ses décisions dans lesquelles il

⁵⁸⁸ Truchet, *supra* note 532, p. 239.

⁵⁸⁹ Winterhalter, *supra* note 586, p. 10.

⁵⁹⁰ Lebreton, *supra* note 566, p. 526.

⁵⁹¹ Conseil constitutionnel, *décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985*, J.O. du 26 janvier 1985, p. 1137 (ci-après *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*).

s’abstient, du moins d’apparence, de « porter un jugement sur l’appréciation législative de l’intérêt général »⁵⁹².

Le Conseil constitutionnel apprécie la loi au regard de la Constitution selon une logique déductive et des méthodes différenciées, *non hiérarchisées et non progressives*, et l’*intérêt général* y dispose d’une place particulière. Premièrement, en présence de normes constitutionnelles opposées, il permet au Conseil constitutionnel d’opérer une conciliation en faisant prévaloir l’une d’entre elles sur l’autre au regard des fins d’*intérêt général* lié à l’objet de la loi en cause. Deuxièmement, il permet également au Conseil constitutionnel de contrôler l’adéquation de la loi aux fins d’*intérêt général* recherchées⁵⁹³. V. Goesel Le Bihan voit dans le deuxième cas de figure « une forme de contrôle du détournement de pouvoir »⁵⁹⁴. Alors que le premier contrôle cherche à concilier des principes, droits ou libertés de même rang (constitutionnels), le second a pour objet de concilier des normes constitutionnelles à une nome de valeur législative. La fameuse formule que prononce le Conseil constitutionnel dans le cadre de ce second contrôle, est révélatrice : « eu égard à l’objectif d’intérêt général que s’est assigné le législateur, il lui était loisible de ... »⁵⁹⁵ ou encore « il est loisible au législateur d’apporter à [un droit ou liberté garantis par la Constitution] des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’intérêt général »⁵⁹⁶.

Le Conseil constitutionnel, en intégrant la notion d’*intérêt général* dans ses instruments de contrôle de la loi, oriente les déductions des juges administratifs. Plus concrètement, en érigent la poursuite de l’*intérêt général* en condition de *constitutionnalité de la loi*, il permet au législateur d’user de cette notion pour justifier les atteintes à l’exercice des droits, libertés et principes constitutionnels, et de ce fait, impose une certaine interprétation au juge administratif dans le cadre de son *contrôle de légalité*. Pourtant, aucun

⁵⁹² Merland, *supra* note 42, pp. 2 et 3.

⁵⁹³ Guillaume Drago, « Conseil constitutionnel : une jurisprudence de seuil », dans Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Espaces du service public, Mélanges en l’honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Bordeaux, P.U.B., 2013, pp. 1013-1027.

⁵⁹⁴ Valérie Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l’objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel » (2014), 98 : 2 R.F.D.C. 269 (ci-après Goesel-Le Bihan), p. 286.

⁵⁹⁵ Par exemple : *Loi de finances pour 2003*, *supra* note 531, considérant 34.

⁵⁹⁶ Conseil constitutionnel, *décision n° 2000-439 D.C. du 16 janvier 2001*, J.O. du 18 janvier 2001, p. 931, considérant 14 ; *décision n° 2001-451 D.C. du 27 novembre 2001*, J.O. du 1^{er} décembre 2001, p. 19112, considérant 18 ; *décision n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002*, J.O. du 18 janvier 2002, texte n° 3, considérant 46; *décision n° 2004-509 D.C. du 13 janvier 2005*, J.O. n° 15 du 19 janvier 2005, texte 2, considérant 24.

texte constitutionnel ne fait référence à l'*intérêt général*. C'est le Conseil d'État, par le biais d'un rapport, qui souligne la définition applicable, en théorie, en France :

Nul doute que la tradition française, telle qu'elle s'exprime dans la législation et la jurisprudence, a clairement pris le parti de promouvoir un intérêt général qui aille au-delà d'un simple arbitrage entre intérêts particuliers. Elle s'inscrit, sans conteste, dans la filiation volontariste de l'intérêt général. [Nous soulignons.]

Puisque le Conseil constitutionnel affirme que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution », et que le Conseil d'État nous informe que « l'intérêt général est l'expression de la volonté générale », d'une manière déductive nous relevons que *la loi n'exprime l'intérêt général que dans le respect de la Constitution*. L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel revêt donc un caractère certain dans notre démonstration.

Il ressort de cette analyse que la jurisprudence constitutionnelle accorde au législateur une grande marge de manœuvre dans l'atteinte aux droits, libertés et principes constitutionnels dès lors que l'atteinte est proportionnée et fondée sur une poursuite de l'*intérêt général*. Or, la définition de cet *intérêt général* est laissée principalement aux mains du législateur, qui en détient une liberté d'appréciation⁵⁹⁷. Il ressort également de l'analyse que le concept d'*intérêt général* « permet [au Conseil constitutionnel] à la fois de renforcer la protection de principes législatifs et d'atténuer la protection de principes constitutionnels. »⁵⁹⁸ Il se retrouve tantôt à exiger du législateur que sa définition de l'*intérêt général* rejoigne les normes constitutionnelles et tantôt à permettre au législateur d'apprécier l'*intérêt général* d'une manière pouvant porter atteinte à des normes constitutionnelles.

Dans le cadre du *contrôle de constitutionnalité* des lois, comme le rappelle G. Merland : « [o]n serait tenté de considérer qu'[un] contrôle sur le contenu des objectifs est nécessaire pour que la condition d'intérêt général soit pleinement satisfaite »⁵⁹⁹. Dans une

⁵⁹⁷ L'*intérêt général* peut également être recherché dans le cadre de normes constitutionnelles. Ex : le droit à l'emploi, le droit à la protection de la santé, le principe de continuité des services publics. Merland, *supra* note 42, p. 2.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ Il donne l'exemple du juge européen qui contrôle des objectifs poursuivis par les États membres lorsque leurs mesures internes portent atteinte aux droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. *Ibid.*, p. 3.

certaine mesure⁶⁰⁰, le Conseil constitutionnel devrait, en principe, s'assigner un rôle de vérificateur des impératifs d'*intérêt général* avancés par le législateur en tant qu'objectifs législatifs. Mais, par volonté de légitimation du législateur⁶⁰¹, il demeure encore timide sur le contenu réel de l'*intérêt général*. Afin de suppléer ce vide, il opère un *contrôle de proportionnalité* afin de vérifier si l'atteinte opérée par le législateur aux droits et libertés garantis par la Constitution n'est pas excessive au regard de l'objectif d'*intérêt général* désigné. En définitive, « l'invocation d'un objectif d'intérêt général ne suffit jamais pour qu'on puisse conclure à la constitutionnalité de la restriction législative »⁶⁰². Le *contrôle de proportionnalité* apparaît donc comme un moyen de déplacer la question de la légitimation et d'exercer malgré tout un contrôle sur le caractère d'*intérêt général* des objectifs poursuivis par la loi. Ces objectifs doivent être formulés dans la loi ou dans les travaux préparatoires⁶⁰³, ce qui laisse ouverte la question de savoir si le juge constitutionnel ne se cacherait pas parfois « derrière la figure du législateur pour re-formuler des finalités qui seraient en réalité le fruit de son pouvoir créateur »⁶⁰⁴. Pour G. Merland, « [à] aucun moment le Conseil n'invoque un objectif qui n'ait pas son fondement dans le travail législatif »⁶⁰⁵. Ceci étant, « si le juge ne saurait re-créer les objectifs du législateur, en revanche, il peut choisir ceux qui seront intégrés dans sa démonstration. Et, dans certains cas, cela peut avoir une importance décisive [...] En tout état de cause, [...] le juge est maître de son pouvoir de sélection des objectifs poursuivis »⁶⁰⁶.

Section 2. L'*intérêt général*, une limite de poids aux *droits d'usage collectifs* et aux *droits territoriaux* des peuples autochtones

Il a été relevé, auparavant, que les *droits d'usage collectifs* sont soumis à des limites diverses parmi lesquelles nous retrouvons : 1) la recherche et l'exploitation de substances minières et 2) la protection de la nature et des espèces animales et la défense de

⁶⁰⁰ D'une manière déductive, G. Meland pose la question suivante : « Si le pouvoir législatif était infaillible et ne pouvait vouloir que ce que commande l'intérêt général, quelle serait l'utilité d'une référence à l'intérêt général dans des contentieux précisément définis ? Si le Conseil impose au législateur de justifier expressément ses dispositions par un but d'intérêt général, c'est qu'il suppose qu'il peut s'en écarter » : *ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

l'environnement. Ont été également présentés les fonctions de la notion d'*intérêt général* dans le cadre de deux principaux contrôles opérés par les juridictions de droit public français. Ces démarches nous permettent désormais de nous intéresser plus particulièrement à l'interprétation de cette notion dans le cadre de litiges récents faisant entrer en jeux des considérations semblables, tant dans le cadre de la recherche et l'exploitation de substances minières (1), que dans celui de la protection de la nature et des espèces animales et la défense de l'environnement (2). Comme cela a été précisé précédemment, l'objectif de cette analyse est de comprendre les conséquences de cette interprétation pour l'exercice des *droits d'usage collectifs* dont sont titulaires les peuples autochtones de Guyane.

1. La recherche et l'exploitation de substances minières, un objectif d'*intérêt général* ?

L'art. R. 5143-2 du CG3P dispose que les *droits d'usage collectifs* ne peuvent être exercés que sous réserve de l'application des dispositions relatives à la recherche et à l'exploitation de substances minières. Pour que de telles activités minières puissent porter atteinte à l'exercice des *droits d'usage collectifs*, elles doivent ainsi respecter les dispositions du code minier et de tous les autres textes obligatoires en Guyane. Il convient dès lors de nous attarder sur ces dispositions et sur le lien qu'elles entretiennent, selon le juge, avec les objectifs d'*intérêt général*, sans toutefois en réaliser un survol général, puisque nous décidons de ne nous attarder que sur le droit interne.

Les dispositions législatives et réglementaires du code minier métropolitain ne s'appliquent à la Guyane relativement à la recherche et à l'exploitation de substances minières que depuis la fin des années 1990⁶⁰⁷. Les réformes, intervenues depuis, continuent d'appliquer le code minier en Guyane en prévoyant un régime particulier⁶⁰⁸. Depuis la

⁶⁰⁷ Auparavant, par exception au principe d'*identité législative*, le droit minier en Guyane résultait du décret n°55-586 du 20 mai 1955 portant réforme du régime des substances minérales dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion et du décret n° 56-1039 du 5 octobre 1956 fixant les conditions d'application du décret n° 55-586 du 20 mai 1955, J.O. du 17 octobre 1956.

⁶⁰⁸ Alors qu'en métropole, les mines ne peuvent, en principe, être exploitées qu'en vertu d'une concession ou directement par l'État, en Guyane, deux autres modes d'exploitation sont permis, à savoir l'autorisation d'exploitation ou le permis d'exploitation (sauf pour les hydrocarbures liquides ou gazeux). Voir : art. L.131-1 et art. L. 611-1 du code minier. Ces derniers modes se veulent être une solution à la réalité des exploitants artisans et des petites et moyennes entreprises.

réforme de 2011⁶⁰⁹, les détenteurs de titres miniers (et d'autorisations pour le cas de la Guyane), sous le contrôle de l'État, doivent respecter des contraintes et obligations prévues à l'art. L. 161-1 du code minier⁶¹⁰ :

Les travaux de recherches ou d'exploitation minières doivent respecter, sous réserve des règles prévues par le code du travail en matière de santé et de sécurité au travail, les contraintes et les obligations nécessaires à la préservation de la sécurité et de la salubrité publiques, de la solidité des édifices publics et privés, à la conservation des voies de communication, de la mine et des autres mines, des caractéristiques essentielles du milieu environnant, terrestre ou maritime, et plus généralement à la protection des espaces naturels et des paysages, de la faune et de la flore, des équilibres biologiques et des ressources naturelles particulièrement des intérêts mentionnés aux articles L. 211-1, L. 331-1, L. 332-1 et L. 341-1 du code de l'environnement, à la conservation des intérêts de l'archéologie, particulièrement de ceux mentionnés aux articles L. 621-7 et L. 621-30 du code du patrimoine, ainsi que des intérêts agricoles des sites et des lieux affectés par les travaux et les installations afférents à l'exploitation. Ils doivent en outre assurer la bonne utilisation du gisement et la conservation de la mine.⁶¹¹

Depuis la réforme de 2011, une disposition du code minier impose aux exploitants de mines, sous réserve de la préservation des intérêts énumérés à l'art. L. 161-1, « d'appliquer à l'exploitation des gisements les méthodes confirmées les plus propres à porter au maximum compatible avec les conditions économiques le rendement final de ces gisements »⁶¹². Une récente décision du Conseil d'État est venue préciser, en théorie, le sens de cet article. À son sens, cette disposition oblige l'utilisation des « méthodes les plus appropriées pour [...] obtenir le meilleur rendement possible dans des conditions économiques rentables tout en veillant à la préservation des intérêts mentionnés à l'art. L. 161-1 »⁶¹³.

⁶⁰⁹ Il convient de préciser que la partie législative du nouveau code minier est intervenue par ordonnance (Gouvernement) et non par le Parlement. *Ordonnance n° 2011-91 du 20 janvier 2011 portant codification de la partie législative du code minier*, J.O. n° 20 du 25 janvier 2011, p. 1467 (ci-après *Ordonnance du 20 janvier 2011*).

⁶¹⁰ Avant, elles étaient prévues aux dispositions combinées des articles 79, 91 et 93 du code minier.

⁶¹¹ Ordonnance du 20 janvier 2011, *supra* note 609.

⁶¹² Art. L. 161-2 du code minier.

⁶¹³ Conseil d'état, ch. réunies, 18 décembre 2019, 422271, Lebon, para. 3.

Par ailleurs, également en 2011, a été adopté, en Guyane, le Schéma départemental d'orientation minière⁶¹⁴ (« SDOM ») définissant les conditions générales applicables à l'exploration minière et les conditions d'implantation et d'exploitation des mines terrestres⁶¹⁵. Il effectue une division du territoire guyanais en zones ouvertes ou interdites à la recherche et à l'exploitation minières et fixe, dans certains cas, des contraintes sur les zones ouvertes⁶¹⁶. Toutefois, il ressort d'une étude que les limites applicables aux zones ouvertes sous contraintes ne sont pas explicitement annoncées⁶¹⁷, ce qui rend difficile l'évaluation du respect de cet objectif de compatibilité.

En Guyane, bien que l'État français soit conscient des dommages résultant des activités minières, il met en avant leurs aspects positifs en tant qu'activités créatrices d'emplois directs et indirects et en tant que locomotives de travaux scientifiques⁶¹⁸. L'apport économique de ce secteur est repris dans différents documents administratifs, notamment les plans locaux d'urbanisme⁶¹⁹ (« PLU ») et le Schéma de cohérence territoriale (« SCOT »)⁶²⁰ et ce nonobstant le fait que certaines communes guyanaises marquent la faiblesse des emplois

⁶¹⁴ Ordonnance du 20 janvier 2011, *supra* note 609 et décret n° 2011-2105 du 30 décembre 2011 portant approbation du schéma départemental d'orientation minière (SDOM) de la Guyane, J.O. n° 303 du 31 décembre 2011, texte n° 110. La mise en place du SDOM en Guyane a fait l'objet d'un recours par excès de pouvoir à l'initiative de la région de Guyane qui s'opposait fermement à sa procédure d'adoption. Conseil d'Etat, sous-sct. réunies, 6 décembre 2013, *Région Guyane*, 357249, Lebon (ci-après *Région Guyane*). Sa création a été prévue avant la réforme de 2011, puisque l'art. 60 de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer (J.O. du 28 mai 2009, texte n°1) était venue insérer l'art. 68-20-1 au code minier. Mais c'est la réforme de 2011 a précisé d'autres éléments. Par exemple : la création d'un art. L. 621-2 dans le code minier est venue préciser que « [I]l projet de schéma départemental d'orientation minière est élaboré par le représentant de l'État dans le département [...] ».

⁶¹⁵ Art. L. 621-1 du code minier.

⁶¹⁶ Les contraintes peuvent être déterminées par un acte spécifique de l'administration ou directement par le SDOM.

⁶¹⁷ Jean François Thomassin et al., « Exploration et exploitation minière en Guyane » (2017), Coll. « La mine en France », Tome 8 (ci-après Thomassin et al.), p. 19.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 42. Font partie du comité de rédaction de la collection « La mine en France » : le Ministère de l'Économie et des Finances, le Bureau de Recherches Géologiques et Minières, l'Institut National de l'Environnement Industriel et des Risques et le Réseau d'Excellence Mine & Société (Mines PariTech, Mines Nancy, École Nationale Supérieure de Géologie, Mines d'Alès).

⁶¹⁹ Pour plus d'informations sur l'intégration des orientations économiques au sein du PLU, voir Henri Jacquot, « L'intégration du commerce dans les PLU », dans Alioune Badara Fall (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton, Itinéraires du droit et terres des hommes*, Paris, Mare & Martin, 2017, pp. 979-994.

⁶²⁰ Le PLU doit être compatible avec le SCOT. Ce dernier, s'il existe, joue le rôle de document intégrant tous les autres documents supérieurs hiérarchiquement. Voir art. L. 141-1 du code de l'urbanisme.

légaux créés par ce secteur⁶²¹. Le SDOM, en tant que schéma hiérarchiquement supérieur⁶²², fait également le lien entre le secteur minier, la création d'emplois et de valeurs et l'augmentation des recettes fiscales. Une décision du Conseil d'État du 6 décembre 2013 est d'ailleurs venue préciser que « le SDOM [...] ne se limite nullement à un objectif de préservation de l'environnement mais prend largement en compte les enjeux économiques, en prévoyant notamment que l'État, s'appuyant sur le pôle technique minier récemment créé, favorisera la restructuration et la diversification des entreprises du secteur minier ».⁶²³ L'assise légale du SDOM et l'apport de cette décision amèneront probablement les cours administratives à considérer légaux les actes de l'administration qui limiteraient l'exercice des *droits d'usage collectifs* pour des impératifs économiques d'*intérêt général*. Mais, selon nous, une ouverture existe, permettant de remettre en cause la primauté de cette vision de l'*intérêt général* : il s'agit des intérêts mentionnés à l'art. L. 161-1 du code minier ou auquel il renvoie parmi lesquels les intérêts de « l'agriculture, des pêches et des cultures marines, de la pêche en eau douce, [...] ainsi que de toutes autres activités humaines légalement exercées »⁶²⁴.

En droit minier français, le juge administratif contrôle la légalité des autorisations administratives délivrant les permis de recherche ou d'exploitation minière, en tant qu'actes administratifs. Il contrôle notamment si, comme le prévoit le code minier, les candidats à la délivrance de ces permis ont l'intention et la capacité d'assumer les contraintes et obligations mentionnées à l'art. L. 161-1 du même code⁶²⁵. Le juge administratif est donc compétent pour contrôler les actes administratifs ayant une incidence sur l'environnement, l'agriculture, les pêches ou toute autre activité humaine légalement exercée, en disposant d'une certaine liberté dans l'analyse des inconvénients de l'activité qu'autorise la mesure contestée. Car bien que les parties en litige présentent chacune leurs études et rapports, il revient au juge de

⁶²¹ Par exemple, voir Commune de Saint-Laurent-du-Maroni, « Plan Local d'Urbanisme, Projet d'aménagement et de développement durable », septembre 2009, en ligne : <https://www.saintlaurentdumaroni.fr/attachment/164709/>, p. 10.

⁶²² *Ordonnance n° 2020-745 du 17 juin 2020 relative à la rationalisation de la hiérarchie des normes applicable aux documents d'urbanisme*, J.O. n° 149 du 18 juin 2020, texte n° 42.

⁶²³ Région Guyane, *supra* note 614.

⁶²⁴ Le code de l'environnement vise à satisfaire ou à concilier, lors d'activités minières notamment, ces intérêts. Voir art. L. 211-1 (alinéa II) du code de l'environnement. Cette disposition entre en vigueur le 1er janvier 2021.

⁶²⁵ Rappelé dans Conseil d'État, ch. réunies, 27 juin 2018, 419316, Inédit, Lebon (ci-après *Sté Esso Guyane française Exploitation et Production SAS*).

décider de l’opportunité des documents soumis et des arguments soulevés. Le juge peut considérer que des mesures prises par l’administration permettent de répondre effectivement aux considérations d’*intérêt général* dans la mesure où le législateur détient la légitimité lui permettant de concilier les différents intérêts en jeu (publics et privés) pour en faire ressortir « un » *intérêt général*. Nous pouvons citer à cet égard une décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 2003 confirmant la **compétence du législateur de concilier** l’objectif d’*intérêt général* de préservation du patrimoine archéologique⁶²⁶ avec le droit de propriété et la liberté d’entreprendre en tant que droits et libertés constitutionnels et **d’autres objectifs d’intérêt général tels que le développement économique**⁶²⁷. Il est dès lors, « loisible au législateur » d’avancer, en arguant d’une mise en balance entre les différents intérêts, que l’autorisation de la recherche et de l’exploitation de substances minières revêt un caractère d’*intérêt général* en ce qu’elle permet le développement économique de la région et l’exercice de la liberté constitutionnelle d’entreprendre. Un tel argument justifierait les restrictions étatiques à l’encontre des intérêts agricoles, de pêches marine ou en eau douce, ainsi que toutes autres activités humaines légalement exercées. Le législateur dispose alors, selon cette formulation bien connue du Conseil constitutionnel, de la liberté de définir « un » *intérêt général* en cherchant la conciliation de ses différentes manifestations.

Le juge administratif contrôle la légalité des actes pris par l’administration. Toute la complexité se retrouve à cette étape. Puisque le législateur définit des objectifs d’*intérêt général* qui diffèrent, paraissant inconciliables, comment le juge administratif pourrait-il garantir un respect des intérêts mentionnés à l’art. L. 161-1 du code minier ? En principe, le juge réalise une instruction dépendamment des moyens soulevés et de l’intensité du contrôle qu’il se permet. Mais existe-t-il un fil conducteur dans son raisonnement ? Peut-il juger de l’opportunité des mesures dans cette situation et si oui comment ? Il serait difficile de répondre à ces questions sans avoir au préalable étudié le contenu de chacun des intérêts mentionnés à l’art. L. 161-1 du code minier. Étant donné que cet article impose le respect de plusieurs intérêts en lien avec la protection de l’environnement, nous proposerons, dans la prochaine sous-section, – et en vue de répondre aux questions précédentes – une étude du

⁶²⁶ Cet intérêt peut être rapproché des intérêts mentionnés à l’art. L. 161-1 du code minier.

⁶²⁷ Conseil constitutionnel, *décision n° 2003-480 D.C. du 31 juillet 2003*, J.O. n°177 du 2 août 2003, texte n° 11.

rôle de conciliation attribué au législateur et, implicitement au juge, dans le cadre des litiges environnementaux.

2. L'intérêt général dans le régime de protection de l'environnement

Pour Frédéric Bondil, « [l]e droit de l'environnement a ouvert le bénéfice de sa protection aux communautés autochtones »⁶²⁸. Il relève, cependant, que lorsque des dispositions règlementent la protection de l'environnement d'une manière conversationniste, celles-ci laissent paraître davantage une tolérance, à titre de dérogation seulement, des pratiques des peuples autochtones qu'une réelle intégration de celles-ci dans la définition du contenu et du sens de la protection. Nous pouvons dès lors relever deux situations d'interconnexion entre *droits d'usage collectifs* et un *intérêt général* appelant la protection de l'environnement : 1) l'*intérêt général* en tant que **bouclier de protection** des droits d'usage collectifs; 2) l'*intérêt général* en tant que **chaussetrappe** empêchant l'exercice de ces droits.

Le premier cas de figure peut se matérialiser de différentes manières, notamment lorsque le droit de l'environnement français vient imposer, dans certaines situations, la réalisation d'études d'impact ou restreindre les travaux miniers et industriels et les projets d'urbanisme ou d'aménagement du territoire. Cette protection peut aussi être relevée lorsque le droit européen vient imposer aux États membres un certain nombre de gestes à poser ou à bannir et lorsqu'il assure le respect du droit à la jouissance d'un environnement sain et protégé. Le second cas de figure, quant à lui, se manifeste lorsque des prescriptions législatives et règlementaires justifiées par la protection de l'environnement viennent empêcher ou limiter l'exercice des *droits d'usage collectifs*. Il peut aussi se manifester lorsque la protection accordée à l'environnement se voit limitée par l'inefficacité des procédures établies ou par la souplesse ou le caractère flou des règles de droit.

⁶²⁸ Frédéric Bondil, « Le droit de l'environnement, un allié pour les peuples autochtones ? », dans Maude Elfort et al., *La question autochtone sur le plateau des Guyanes : actes des Journées d'études de Cayenne des 10 et 11 mai 2012*, Centre de recherche sur les pouvoirs locaux dans la Caraïbe (Schoelcher, Martinique) et Institut de droit d'outre-mer (Aix-en-Provence, Bouches-du-Rhône), Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2013, p. 86.

Récemment, une décision du Conseil constitutionnel a considéré la protection de l'environnement en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle⁶²⁹. Cette décision permettrait au législateur français de justifier une atteinte à un droit ou une liberté garantie par la Constitution qui, dans le cas de l'espèce, était la liberté d'entreprendre, par un motif d'*intérêt général* de protection de l'environnement. Toutefois, à nos yeux, cette décision ne change pas l'état du droit étant donné que : (1) un objectif d'*intérêt général* à valeur constitutionnelle ne peut être invoqué que par le législateur pour limiter un droit ou une liberté constitutionnellement garanti⁶³⁰; (2) « il était loisible » au législateur, bien avant que cette décision ne soit rendue, de limiter l'exercice de certains travaux (miniers ou autres) pour des exigences constitutionnelles ou d'*intérêt général*, à condition que les limites posées ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi. Parmi les buts d'*intérêt général* admis par le Conseil Constitutionnel se trouvait déjà la protection de l'environnement⁶³¹. Nous pouvons notamment lire dans une décision du 11 octobre 2013 :

12. [...] qu'en interdisant le recours à des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche pour l'ensemble des recherches et exploitations d'hydrocarbures, lesquelles sont soumises à un régime d'autorisation administrative, le législateur a poursuivi un but d'intérêt général de protection de l'environnement ; que la restriction ainsi apportée tant à la recherche qu'à l'exploitation des hydrocarbures, qui résulte de l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 2011, ne revêt pas, en l'état des connaissances et des techniques, un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi.⁶³²

Depuis 2005, l'art. 34 de la Constitution de 1958 attribue une compétence expresse au législateur dans la préservation de l'environnement. Une compétence renforcée par la *Charte de l'environnement* (« la *Charte* ») et par l'interprétation qu'en fait le Conseil

⁶²⁹ Conseil constitutionnel, *décision n° 2019-823 Q.P.C. du 31 janvier 2020*, J.O. n° 27 du 1^{er} février 2020, texte n° 100. Le juge ne s'est pas appuyé sur un art. de la Charte de l'environnement pour faire découler l'objectif de valeur constitutionnelle de la protection de l'environnement. Il s'est plutôt fondé sur son préambule. *Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (1)*, J.O. n°51 du 2 mars 2005, texte n° 2.

⁶³⁰ Il ne peut donc pas être invoqué par les peuples autochtones ou les associations afin de contester des dispositions qui iraient à son encontre.

⁶³¹ Conseil constitutionnel, *décision n° 2002-464 D.C. du 27 décembre 2002*, J.O. du 31 décembre 2002, p. 22103 (ci-après *Loi de finances pour 2003*) et *décision n°2003-488 D.C. du 29 décembre 2003*, J.O n° 302 du 31 décembre 2003, texte n° 6.

⁶³² Conseil constitutionnel, *décision n° 2013-346 Q.P.C. du 11 octobre 2013*, J.O. n° 239 du 13 octobre 2013, texte n° 20.

constitutionnel⁶³³. Toutes les dispositions de la *Charte* sont considérées de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire « qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif »⁶³⁴. Toutefois, elles ne peuvent toutes être invocables devant le juge constitutionnel ou le juge administratif⁶³⁵. Ceci est notamment le cas de l'art. 6 de la *Charte* qui dispose : « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social »⁶³⁶. Le Conseil constitutionnel renvoie donc aux textes législatifs pour la définition du cadre de cette conciliation et aux autorités administratives, pour sa mise en œuvre, sans qu'il soit ouvert la possibilité pour le justiciable de remettre en cause la définition du cadre de cette conciliation⁶³⁷.

Relevant de sa compétence en droit interne, le législateur a introduit un certain nombre de normes cherchant, selon lui, à concilier la protection de l'environnement et le développement économique⁶³⁸. En droit commun, nous pouvons reprendre l'exemple des travaux miniers dans le cadre desquels l'art. L.-161-1 du code minier impose le respect des obligations relatives à la protection des espaces naturels et des paysages, de la faune et de la flore, des équilibres biologiques et des ressources naturelles, et qui renvoie particulièrement aux intérêts mentionnés à l'art. L. 211-1, L. 331-1, L. 332-1 et L. 341-1 du code de

⁶³³ Sur le « rôle primordial du législateur » dans ce champ de compétence, voir Amandine Capitani, « La Charte de l'environnement, unurre constitutionnel ? », (2005) 63 : 3 *Revue française de droit constitutionnel* 493, pp. 493-516.

⁶³⁴ Conseil constitutionnel, *décision n° 2011-192 Q.P.C. du 10 novembre 2011*, J.O. n° 262 du 11 novembre 2011, texte n° 76; Conseil constitutionnel, *décision n° 2014-394 Q.P.C. du 7 mai 2014*, J.O. n° 108 du 10 mai 2014, texte n° 78 (ci-après *Sté Casuca*).

⁶³⁵ Sur les conditions d'invocabilité des dispositions de la *Charte* devant les juges voir Simon Jolivet et Julie Malet-Vigneaux, « La Charte de l'environnement devant les juges administratif et judiciaire (juillet 2018 – juin 2019) », (2019) 44 :4 *Revue juridique de l'environnement* 807, pp. 807-819 et Véronique Champeil-Desplats, « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? » (Février 2020), *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/8629> (consulté le 14 septembre 2020).

⁶³⁶ Conseil constitutionnel, *décision n° 2012-283 Q.P.C. du 23 novembre 2012*, J.O. n° 274 du 24 novembre 2012, texte n° 91; *Sté Casuca*, *supra* note 634.

⁶³⁷ Le Conseil avait estimé que l'art. 6 de la *Charte* n'instituait pas « pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; que sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ». Conseil constitutionnel, *ibid. (décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012)*. Il est toutefois possible, dans le cadre du *contrôle de constitutionnalité*, d'invoquer l'absence de lien direct entre l'objectif général et les mesures adoptées par le législateur ou la disproportionnalité des mesures par rapport à l'objectif.

⁶³⁸ Il se réfère abondamment au développement durable ces dernières années.

l'environnement. Au sens de la loi, « leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable »⁶³⁹. En droit local⁶⁴⁰, nous pouvons ajouter les missions de conciliation attribuées par le législateur au PAG, à l'ONF et à d'autres établissements publics.

Afin d'analyser le *contrôle de légalité* du juge sur les actes pris par l'administration en Guyane dans le cadre des travaux miniers et en présence d'intérêts environnementaux mentionnés à l'art. L. 161-1 du code minier, nous proposons le présent tableau :

Espaces concernés	Intérêts environnementaux
Art. L. 211-1 du code de l'environnement (Eau et milieux aquatiques et marins) ⁶⁴¹ .	<p>Cet article pose le régime général de gestion de la ressource en eau : cette gestion doit être équilibrée et durable, et doit prendre en compte les adaptations nécessaires au changement climatique. Elle vise différents objectifs explicitement mentionnés, parmi lesquels, la prévention des inondations et la préservation des écosystèmes aquatiques, des sites et des <u>zones humides</u>⁶⁴² et <u>la valorisation de l'eau comme ressource économique</u>, en particulier, pour le développement de la production d'électricité d'origine renouvelable ainsi que la répartition de cette ressource.</p> <p>Les objectifs prioritaires de cette gestion équilibrée sont : (1) la santé, (2) la salubrité publique, (3) la sécurité civile et (4) l'alimentation de la population en eau potable. L'autre objectif mentionné est la satisfaction ou la conciliation, lors des différents usages, activités ou travaux, <u>les exigences</u> (1) de la vie biologique; (2) de la conservation et l'écoulement des eaux ainsi que la protection contre les inondations et (3) de <u>l'agriculture, des pêches et des cultures marines, de la pêche en eau douce, de l'industrie, de la production d'énergie</u>, en particulier pour assurer la sécurité du système électrique, <u>des transports, du tourisme, de la protection des sites, des loisirs et des sports nautiques</u> ainsi que de toutes autres activités humaines légalement exercées.</p>

⁶³⁹ Art. L. 110-1 du code de l'environnement.

⁶⁴⁰ En effet, la Guyane se voit appliquer des normes particulières en matière de droit de l'environnement, dépendamment du classement des terres opérées par l'État français.

⁶⁴¹ Cet article n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 2021.

⁶⁴² « [...] on entend par zone humide les terrains, exploités ou non, habituellement inondés ou gorgés d'eau douce, salée ou saumâtre de façon permanente ou temporaire ; la végétation, quand elle existe, y est dominée par des plantes hygrophiles pendant au moins une partie de l'année; » Art. L. 211-1 du code de l'environnement. Il convient de préciser que la préservation des zones humides est un objectif poursuivi par tous les États membres de l'Union européenne. Ceux-ci doivent élaborer et mettre en œuvre des plans de gestion des eaux. *Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau*, J.O.C.E du 22 décembre 2000.

	<p>L'art. L. 211-1-1 attribue à <u>la préservation et la gestion durable des zones humides</u> le caractère d'intérêt général. Nous pourrions croire que cela concerne presque tout le territoire de la Guyane étant donné que la forêt amazonienne dite « humide » occupe plus de 80% de son territoire. Cela n'est pourtant pas le cas au vu de la définition de « zones humides » retenue par le Conseil d'État⁶⁴³ et de la cartographisation limitée aux zones humides du littoral⁶⁴⁴.</p>
Art. L. 331-1 du code de l'environnement (Création d'un parc national)	<p>L'intérêt mentionné à cet article est <u>la protection du milieu naturel ayant un intérêt spécial, particulièrement la faune, la flore, le sol, le sous-sol, l'atmosphère et les eaux, les paysages et le patrimoine culturel qu'il comporte</u>. Cette protection contre les dégradations et atteintes pouvant en altérer la diversité, la composition, l'aspect et l'évolution appelle à la création de parcs nationaux.</p> <p>Nous pouvons lire dans les dispositions suivantes, que dans le cœur du parc national, « <u>[I] es activités industrielles et minières sont interdites</u> »⁶⁴⁵. Toutefois, d'autres <u>activités sont permises parmi lesquelles les activités agricoles, pastorales et forestières</u>, pouvant être réglementées par la réglementation du parc national et sa charte. Ces derniers peuvent également <u>soumettre à un régime particulier, allant jusqu'à l'interdiction, la pratique de la chasse, de la pêche, de la cueillette et d'activités commerciales, l'utilisation de l'eau</u> et toute action qu'il jugerait susceptible de nuire au développement naturel de la faune et de la flore et, plus généralement, d'altérer le caractère du parc national.</p> <p>Cependant, nous retrouvons des dispositions dérogatoires à ce régime pour la Guyane relativement au PAG : (1) une autorisation spéciale peut être accordée par l'établissement public du PAG pour la réalisation d'« activités, travaux, constructions ou installations d'intérêt général » interdits en principe, « lorsque des contraintes techniques ou topographiques rendent techniquement ou financièrement inacceptable une autre localisation »⁶⁴⁶; et (2) « sans préjudice de la réalisation des objectifs de protection du cœur du parc, et compte tenu notamment des particularités de la Guyane » la</p>

⁶⁴³ Le Conseil d'État a considéré « qu'une zone humide ne peut être caractérisée, lorsque de la végétation y existe, que par la présence simultanée de sols habituellement inondés ou gorgés d'eau et, pendant au moins une partie de l'année, de plantes hygrophiles ». Il considère, lorsque des végétations existent, que ces deux critères (sont « cumulatifs, (...) contrairement d'ailleurs à ce que retient l'arrêté (interministériel) du 24 juin 2008 précisant les critères de définition des zones humides en application des articles L. 214-7-1 et R. 211-108 du code de l'environnement ». Conseil d'État, 22 février 2017, n° 386325. De plus, le PLU peut définir une aire en tant que zone humide, « dans un but de protection et de mise en valeur [...] » quand bien même cette aire ne pourrait être qualifiée de zone humide en vertu de l'art. L. 211-1 du code de l'environnement. C.A.A. Lyon, 18 janvier 2011, 10LY00293, Lebon.

⁶⁴⁴ Comme nous pouvons le remarquer sur le site du Comité de l'eau et de la biodiversité de Guyane, en ligne : <https://www.ceb-guyane.fr/milieux-aquatiques/zones-humides> (consulté le 10 octobre 2020).

⁶⁴⁵ Art. L331-4-1 du code de l'environnement.

⁶⁴⁶ Art. L. 331-15-2 du code de l'environnement.

	<p>règlementation et la charte du PAG peuvent prévoir « des dispositions plus favorables au bénéfice 1° Des communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt, pour lesquelles des droits d'usage collectif sont reconnus pour la pratique de la chasse, de la pêche et de toute activité nécessaire à leur subsistance ; 2° Des résidents permanents dans le ou les coeurs du parc; 3° <u>Des personnes physiques ou morales résidant dans le parc et exerçant une activité agricole, pastorale ou forestière de façon permanente dans le ou les coeurs du parc ou prélevant, à titre occasionnel, leurs moyens de subsistance personnels dans ces espaces</u> »⁶⁴⁷. [Nous soulignons.]</p> <p>Finalement, nous remarquons que le PAG en tant qu'établissement public a une mission plus vaste que la préservation de l'environnement qui se retrouve mêlée à d'autres considérations sociales et économiques,</p>
Art. L. 332-1 du code de l'environnement (réserve naturelle)	<p>Les intérêts mentionnés à cet article sont notamment : (1) La préservation d'espèces animales ou végétales et d'habitats en voie de disparition ou présentant des qualités remarquables; (2) la reconstitution de « populations » animales ou végétales ou de leurs habitats; (3) la préservation de biotopes et de formations géologiques, géomorphologiques ou spéléologiques remarquables et (4) <u>les études scientifiques ou techniques indispensables au développement des connaissances humaines</u>.</p> <p>La conservation et la préservation de ces intérêts (milieu naturel : faune, flore, sol, eaux, gisements et fossiles), qui présenteraient une importance particulière ou qu'il convient de les soustraire à toute intervention artificielle susceptible de les dégrader sont les justifications au classement d'une partie du territoire d'une ou de plusieurs communes en réserve naturelle. Toutefois, si les activités peuvent être limitées ou interdites au sein des réserves, l'acte classant ces dernières doit être pris en tenant compte de « l'intérêt du maintien des activités traditionnelles existantes dans la mesure où elles sont compatibles avec les intérêts [mentionnés dans cet article] »⁶⁴⁸.</p> <p>Malgré l'importance particulière de la forêt amazonienne, seulement 3,4 % du territoire guyanais est couvert par des réserves naturelles.</p>
Art. L. 341-1 code de l'environnement (Site inscrits et classés)	<p>Les intérêts mentionnés dans cet article sont les sites classés. Il s'agit des sites ou de monuments naturels dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un <i>intérêt général</i>. Le classement, peut concerner un espace naturel ou un espace bâti.</p> <p>Seuls deux sites sont classés en Guyane : les abattis de la montagne Cottica et le site Vidal-Mondélice (prioritairement pour des considérations</p>

⁶⁴⁷ Art L. 331-15-3 du code de l'environnement. Une dérogation est prévue à l'art. L. 331-4-2 du même code.

⁶⁴⁸ Conseil d'État, sous-sect. réunies, 26 novembre 2010, 331078, Lebon.

	écologiques et subsidiairement pour son attestation de la présence des peuples autochtones de Guyane).
Autres dispositions visant la protection des « espaces naturels et des paysages, de la faune et de la flore, des équilibres biologiques et des ressources naturelles »	Les dispositions mentionnées ci-haut sont celles prévues particulièrement par l'art. L. 161-1 du code minier. Elles concernent des espaces soumis à des régimes précis. Pour le reste du territoire guyanais, ce sont les dispositions générales du code de l'environnement qui s'appliquent, avec certaines particularités. En Guyane, c'est l'ONF qui gère la plus grande partie du foncier, soit plus de 6 millions d'hectares de forêt. Il élabore les directives régionales d'aménagement concernant les forêts domaniales et, y classe en « séries » les espaces parmi lesquels (1) la série d' intérêt écologique et (2) la série de production de bois d'œuvre et d'autres produits forestiers et (3) la série d' usage traditionnel pour l'exercice des droits d'usage par les populations tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt. Il est compétent également en matière d'aménagement forestier, au cours duquel sont décidées les zonages de pistes pour le secteur forestier dans la série de production ⁶⁴⁹ et la mise en exploitation des zones. L'ONF dispose de missions importantes allant de la surveillance et la constatation d'infractions (notamment dans le cadre du respect de l'environnement) à l'accompagnement des acteurs privés de la filière du bois voire à la délivrance d'autorisations pour les travaux de recherche minière et plus généralement pour l'occupation précaire, de loisir, ou d'activités commerciales du domaine privé de l'État.

Maintenant que les différents intérêts environnementaux pouvant entrer en conflit avec une vision économique de l'*intérêt général* - représenté ici par la filière minière - ont été précisés pour le cas de la Guyane, il convient d'étudier certains arrêts du Conseil d'État et de Cours administratives d'appel. Cette étude nous permettra de répondre aux questions posées précédemment concernant le *contrôle de la légalité* des actes administratifs en présence de plusieurs objectifs d'intérêts général poursuivis par le législateur.

Dans un arrêt du Conseil d'État rendu le 27 juin 2018⁶⁵⁰, il a été admis que l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie, se fondant sur le régime d'autorisation administrative du droit minier français, puisse être motivée par « **l'objectif d'intérêt général de limitation du réchauffement climatique** ». La Cour a rappelé que ce régime d'autorisation prévoit que l'administration « examine, sous le contrôle du juge de l'excès de

⁶⁴⁹ Office National des Forêts, « La gestion forestière durable », ONF Guyane, en ligne : <http://www1.onf.fr/guyane/sommaire/guyane/missions/@@index.html> (consulté le 20 septembre 2020).

⁶⁵⁰ Sté Esso Guyane française Exploitation et Production SAS, *supra* note 625.

pouvoir, si, comme le prévoit l'art. L. 122-2 du code minier, les candidats à la délivrance d'un permis exclusif de recherches possèdent les capacités techniques et financières nécessaires pour mener à bien les travaux de recherches et pour assumer les obligations mentionnées dans des décrets pris pour préserver les intérêts mentionnés à l'art. L. 161-1 et aux art. L. 161-1 et L. 163-1 à L. 163-9 de ce code ». Sans avoir à porter devant le Conseil constitutionnel une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'État n'a fait que reprendre ici le raisonnement du Conseil constitutionnel⁶⁵¹.

Pourtant, dans un arrêt ultérieur de la Cour d'appel de Paris, il ressort que bien que l'administration ait justifié le refus de délivrance d'un permis par la poursuite d'un objectif d'*intérêt général* semblable, la Cour administrative d'appel de Paris a relevé l'existence d'une *erreur manifeste d'appréciation* et conforté le tribunal administratif de la Guyane dans son annulation des décisions de refus⁶⁵². Ici, le contrôle du juge se fait sur le terrain de l'*erreur manifeste d'appréciation* et non sur celui du *détournement de pouvoir*. Pour relever cette erreur, il a estimé que l'administration, même en évoquant les risques néfastes irréversibles des activités d'exploration pétrolière sur la biodiversité marine locale et même en listant les espèces animales protégées présentes dans ces espaces marins, n'a « apport[é] aucune précision sur les atteintes que la délivrance du permis critiqué pourrait apporter à l'environnement » et « n'indique pas en quoi la délivrance du permis querellé [...] porterait atteinte [aux espèces animales protégées]. » En apparence, le juge ne fait que confronter les arguments soulevés par les parties pour apprécier l'*erreur de qualification des faits* par l'administration. En réalité, sa démarche semble s'inscrire sur un autre terrain, celui de l'opportunité. L'*intérêt général* que poursuit ici l'administration est clair : la protection de la biodiversité marine exceptionnelle et protégée en Guyane. Malgré la production de preuves d'existence d'une biodiversité protégée par l'administration, le juge a estimé que l'entreprise a présenté une argumentation suffisante en présentant les mesures de protection de l'environnement qu'elle souhaite réaliser. Or, il était admis à la date du jugement par la communauté internationale que l'activité en cause présentait un caractère néfaste et aurait des effets irréversibles sur l'environnement, malgré toutes les mesures de protection que mettraient en place les exploitants. Le juge ici s'est substitué à l'administration sur

⁶⁵¹ Voir Conseil constitutionnel, *supra* note 632.

⁶⁵² C.A.A. Paris, 1^{ère} ch., 20 juin 2019, 17PA22220, 17PA22220, 17PA22221, 18PA21053, Inédit, Lebon.

l’opportunité de sa décision et va jusqu’à relever une disproportion excessive et manifeste entre les faits et la décision prise sur leur fondement. Il va, à notre sens, à l’encontre de la voie choisie par le Conseil constitutionnel qui ne permet pas de relever un caractère disproportionné de la mesure « **en l’état des connaissances et des techniques** ». Peut-être que si l’administration avait invoqué un principe de précaution, cela aurait amené la Cour administrative d’appel de Paris à rendre une décision différente ?

Plus particulièrement, concernant les zones humides dont la préservation et la gestion durable ont un caractère d’*intérêt général*⁶⁵³, nous relevons deux principales craintes. D’un côté, le développement de la filière hydroélectrique, en tant que solution de « production d’électricité d’origine renouvelable », et la volonté de valorisation et de gestion de l’eau en tant que « ressource économique », pourraient constituer des objectifs d’*intérêt général* de développement et de gestion durable et équilibré⁶⁵⁴. De l’autre, sachant que la définition légale de « zones humides » est tributaire des pouvoirs publics, alors même dans le cadre de la définition retenue aujourd’hui les zones humides ne sont pas cartographiées en Guyane intérieure (soit la majorité du territoire), et que le PAG⁶⁵⁵, le schéma directeur d’aménagement et de gestion des eaux ainsi que le schéma d’aménagement régional sont hiérarchiquement dépendant du schéma départemental d’orientation minière⁶⁵⁶, il est possible que l’exploration et l’exploitation des substances minières⁶⁵⁷ s’effectue en méconnaissance des règles de préservation et de gestion des zones humides. Cette réflexion concerne plus globalement toutes les zones et espèces qui ne sont ni protégées, ni classées, par manque de volonté des puissances publiques.

Finalement, les études d’impacts ne sont pas prescrites pour tous les projets d’exploration ou d’exploitation des ressources. Par exemple, en Guyane, plusieurs projets

⁶⁵³ Explicitement prévu par la loi à l’art. L. 211-1-1 du code de l’environnement

⁶⁵⁴ De plus, il serait possible de faire profiter les exploitations agricoles ou industrielles de mesures privilégiées en matière de ressources électriques, afin de préserver leur « l’équilibre économique », s’ils engagent des investissements au profit de la production hydroélectrique. Les juges pourront considérer ces mesures d’intérêt général en relation avec l’objectif législatif de développement et de gestion équilibré des eaux, comme ils l’ont fait dans d’autres affaires, par exemple : Conseil d’État, sous-sect. réunies, 12 avril 2012, n° 337528, Lebon.

⁶⁵⁵ « II.- La charte du parc national doit être compatible avec le schéma d’aménagement régional. » Art. L. 331-15 du Code de l’environnement.

⁶⁵⁶ Art. L. 621-5 du code minier.

⁶⁵⁷ Cela peut aussi concerner d’autres ressources naturelles (bois par exemple) ainsi que tout projet appelant à un aménagement du territoire.

relèvent de ce qu'il est appelé « un examen au cas par cas »⁶⁵⁸ et peuvent être exempts sur autorisation de l'autorité chargée de l'examen, de soumettre un projet à évaluation environnementale. Et même lorsque ces études d'impacts sont prévues par les textes, elles ne sont pas garantes de la prise en compte effective des obligations prévues par le droit de l'environnement. Le juge administratif refuse, dans plusieurs cas, de remettre en cause les informations fournies par les entreprises en matière d'impacts sur l'environnement ou sur les avis et décisions des personnes publiques compétentes. Récemment, le Conseil d'État a rappelé que dans le cadre des études d'impact, le contrôle du fond par les juges de l'excès de pouvoir du respect par les autorités administratives des préoccupations environnementales se limite à l'*erreur manifeste d'appréciation*. Cela va à l'encontre de son propre raisonnement suivi en matière d'utilité publique, puisque l'intégration de la protection de l'environnement dans le *contrôle des coûts-bénéfices*⁶⁵⁹, laisse entendre que l'administration peut méconnaître cet objectif dans le cadre de ses compétences de conciliation et de prise de décision. De plus, le Conseil d'État rappelle un principe selon lequel : « les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative »⁶⁶⁰.

Il convient de conclure ici avec une remarque importante pour le cas de la Guyane. Il est avancé que dans les zones ouvertes aux travaux et recherches de substances minières en vertu du SDOM, il n'existerait qu'« une faible densité de population » et une « urbanisation quasi nulle »⁶⁶¹. Bien que ce constat ne semble pas être loin de la réalité concernant seulement l'urbanisation, l'État français pourrait penser que cet état de fait réduirait sensiblement ses obligations envers les peuples autochtones. Or, plus la pression sera grande sur les territoires, plus les conflits pourront naître davantage, à l'instar de ce qui a été vu dans le cadre du projet Montagne d'or. Les peuples autochtones, avec une meilleure connaissance de leurs droits et

⁶⁵⁸ Art. L. 122-1 du code de l'environnement.

⁶⁵⁹ Conseil d'État, 17 mars 2010, Alsace nature environnement, n° 314114.

⁶⁶⁰ Dégagé dans Conseil d'État, sous-sect. réunies, 14 octobre 2011, *Société Ocréal*, 323257, Lebon et repris par les Cours administratives d'appel, par ex : C.A.A. Bordeaux, 5e ch. - formation à 3, 18 décembre 2018, n° 16BX01638.

⁶⁶¹ Thomassin et al., *supra* note 617, p. 21.

du droit étatique, revendiqueront davantage le respect de leur droit au consentement préalable, libre et éclairé pour tout projet sur leurs territoires ancestraux. La volonté de l'État français de céder une partie du territoire n'enlèvera en rien la légitimité des peuples autochtones de Guyane à revendiquer leur souveraineté sur le territoire.

Chapitre 3. L'*intérêt général* : un concept commun justifiant la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones au Québec et en Guyane

Dans le présent chapitre, nous démontrerons que l'interprétation de l'*intérêt général* par les juridictions administratives et constitutionnelles au Canada, au Québec et en France, contribue conjointement, mais à des degrés différents, à la dépossession territoriale des peuples autochtones au Québec et en Guyane et ce, nonobstant la dissemblance des régimes et principes juridiques appliqués aux dispositifs étudiés. La confrontation succincte de l'évolution des notions ancêtres que sont le *bien commun* et le *commun profit*, en France et en Grande Bretagne, de la période médiévale à la période coloniale nous apportera des précisions sur le sens et le rôle de l'*intérêt général* et de l'*intérêt public* en droit dans une logique expansionniste. Dès lors, il sera possible de confronter le sens et le rôle de ces notions avec ceux qui leur sont assignés aujourd'hui par les juges français, canadiens et québécois, selon ce qui a été présenté dans les deux précédents chapitres (Partie 1). Par la suite, nous pourrons présenter certaines limites de la mobilisation contemporaine de ces notions par les juges, notamment lorsqu'ils appliquent des outils économiques dépassés ou inopérants dans leur processus décisionnel, contribuant ainsi à la vérification⁶⁶² des valeurs, finalités et moyens de l'État et des agents et groupes les plus influents au détriment des autres composantes de la société. Finalement, nous présenterons certaines conséquences de ce mode opératoire dans la dépossession territoriale des peuples autochtones (Partie 2).

⁶⁶² C'est-à-dire présenter la vision particulière et subjective du pouvoir étatique, des agents et des groupes les plus influents, comme la vision véritable et objective de la société prise en tant que communauté.

Partie 1. L'*intérêt général*, un outil historique et contemporain de légitimation et de limitation du pouvoir étatique en France et au Canada

Cette partie vise à réaliser un survol historique du passage d'un concept davantage religieux à des notions « terre-à-terre »⁶⁶³ tels que l'*intérêt général*, l'*utilité publique* et l'*intérêt public* (section 1). Elle cherche à nous permettre de mieux saisir le contenu de ces notions et de démontrer la poursuite contemporaine d'une logique révolue. En effet, le rôle assigné à l'*intérêt général* (France) ou à l'*intérêt supérieur du public* et l'*intérêt public* (Canada) aujourd'hui demeure fondamentalement le même qu'à la période médiévale, avec toutefois des adaptations. Celles-ci ont été intégrées progressivement, dès qu'elles se sont avérées nécessaires, à l'instar du *contrôle de proportionnalité* (section 2).

Section 1. Le *bien commun* ou le *commun profit* : un fondement juridico-politique commun à la conquête des Amériques

Le *bien commun*⁶⁶⁴, sous différentes manifestations conceptuelles, a permis historiquement de légitimer les actions et finalités gouvernementales en France et en Angleterre et d'en limiter les pouvoirs, au nom des finalités supérieures qu'il présente. Cette notion, davantage théologique et philosophique, a trouvé sa traduction dans d'autres notions plus adaptées à la réalité sociale et aux aspirations de ceux qui détenaient le savoir et le pouvoir. Comme le dit si bien B. Sère :

[...] le « bien commun d'Aristote au Moyen Âge » n'a pas de contour propre ni de réalité autre que celle des sources et de leurs auteurs qui le font parler et l'instrumentalisent pour leur cause, dans des contextes donnés et des ancrages politiques précis.⁶⁶⁵

⁶⁶³ Comme nous le verrons plus tard, le *bien commun* a une connotation davantage religieuse, théologique. L'utilisation du terme *intérêt* semble se dissocier progressivement du champ religieux au moment où les théories économiques fondées sur l'utilitarisme et le progrès technique ainsi que les théories en sciences sociales « favorisant le recours à des facteurs prétendument plus concrets et plus terre-à-terre » ont pris une place prépondérante dans les décisions politiques : citation de Charles Taylor dans C. Taylor, *supra* note 44, p. 33.

⁶⁶⁴ La notion de *bien commun* est polysémique. Son sens dépend à la fois du lieu et de la période historique. Elle se réfère généralement à ce qui est recherché pour le bien-être général d'une collectivité politique. La principale définition reçue dans le monde occidental vient d'Aristote. Elle a été adaptée à la pensée religieuse du Moyen-âge et ensuite aux différentes pensées qui suivront. Pour plus de précisions sur le développement de cette notion dans le cadre des idées politiques, lire notamment Olivier Nay, *Histoire des idées politiques. La pensée politique occidentale de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2007, 592 p. (ci-après Nay). Bien entendu, cette période n'est pas à elle seule représentative de l'évolution des réflexions autour du *bien commun*.

⁶⁶⁵ Bénédicte Sère, « Aristote et le bien commun au moyen âge : une histoire, une historiographie » (2010), 32 :2 R.F.H.I.P.277 (ci-après Sère), p. 291.

Une observation qui peut s'appliquer à toutes les périodes postérieures au Moyen Âge, et qui s'avère d'une véracité effroyable à la période coloniale lorsque, comme nous le verrons, l'*intérêt général*, l'*intérêt public*, l'*utilité publique*, le *profit commun* et d'autres notions connexes justifiaient des actes inhumains pour la satisfaction d'intérêts particuliers. Le sens de ces notions, leur contenu et leurs fonctions sont exposés ici à partir de conceptions divergentes des auteurs qui s'y sont intéressés. Nous avons fait le choix de les traiter en tant que notions interconnectées, dépendantes, et parfois interchangeables, puisque la finalité demeure sensiblement la même : traduire des pensées et valeurs en des objectifs et actions communes, justifiables d'une manière rationnelle.

1. Un bref aperçu du contenu et du rôle de l'*intérêt général* en France lors de la conquête et de la colonisation de la Guyane

Historiquement, il est établi que pendant la période médiévale, le roi avait la charge de défendre le *bien commun* pour son peuple⁶⁶⁶. Toutefois la recherche du *bien commun* n'était qu'un moyen pour lui d'introniser sa justice royale⁶⁶⁷. Le travail des penseurs de la période médiévale, à l'instar de Thomas d'Aquin, fut d'une grande aide dans l'élargissement du pouvoir du roi qui suivra⁶⁶⁸. B. Sère parle de « travail d'acculturation »⁶⁶⁹ réalisé par ces penseurs, par l'adaptation des écrits d'Aristote⁶⁷⁰ à « l'anthropologie chrétienne des médiévaux en terre latine »⁶⁷¹. Ces travaux attribuent au prince la responsabilité devant Dieu des conditions de l'exercice de la conscience individuelle du citoyen intériorisant « l'amour du *bien commun* »⁶⁷². Il doit défendre et préserver ce bien commun dans un cadre politique⁶⁷³. Une réflexion qui sera largement diffusée en France, notamment grâce à Pierre Dubois,

⁶⁶⁶ « *Car le bien (bonum commune), l'intérêt commun (utilitas communis, utilitas publica), le “bien public” (bonum publicum), la “chose publique” (res publica) sont avec le droit et la justice les maîtres-mots de la pensée politique médiévale* » : Bernard Guenée, *L'Occident aux xive et xve siècles. Les États*, 5^e éd., Paris, 1993, p. 103.

⁶⁶⁷ En attirant le plus de requérants en appel, le roi souhaitait rendre sa juridiction supérieure aux autres juridictions concurrente et, ainsi, asseoir sa souveraineté afin de recevoir davantage de pouvoirs.

⁶⁶⁸ Sère, *supra* note 665, pp. 277-291.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 280.

⁶⁷⁰ Bien évidemment, il serait faux d'attribuer l'existence de la notion de *bien commun* au seul Aristote, puisque cette notion a toujours existé et suscité des débats partout dans le monde

⁶⁷¹ Sère, *supra* note 665, p. 280.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 291.

⁶⁷³ *Ibid.*

avocat et conseiller de Philippe le Bel en matière politique au XIII^e siècle et à Nicole Oresme, conseiller de Charles V au XIV^e siècle⁶⁷⁴.

Lorsque ces grands principes sont dépassés pour s'intéresser à la législation, il est possible de remarquer, à cette époque, que chaque décision est présentée dans les préambules comme étant prise pour le *bien commun*, voire l'*intérêt public*⁶⁷⁵. Philippe Auguste justifiait ainsi son engagement dans les croisades: « la fonction royale consiste à pourvoir par tous les moyens au bien de ses sujets et à préférer l'intérêt public à son intérêt particulier »⁶⁷⁶. À la fin du Moyen-âge, comme le constate C. Dounot :

Le registre lexical des préambules est tout empreint de cette idée de bien commun. Comme l'indique S. Petit-Renaud, « **bien commun ou public, commun profit, utilité, utilité publique**, bon gouvernement et bon état de la chose publique, paix, justice, tranquillité... les déclarations sur ce qui relève de leur office ne manquent pas dans les ordonnances des rois de France tout au long du XIV^e siècle »²⁹[...] Le roi juge « profitables pour le commun profit » l'interdiction faite aux non-licenciés d'exercer la médecine; allègue « le prouffit commun et le bien de nostre royaume » en légitérant sur la monnaie; désire « augmenter et accroistre le bien et proffit de touz noz loyaulx subgez et de la chose publique » en règlementant les métiers. À la fin du Moyen Âge, ces justifications se trouvent mentionnées dans les lois consacrées à la justice, à la paix, à la prospérité économique, à l'embellissement des villes, à l'hygiène publique, ou, de manière plus vaste, à la subordination des intérêts privés à l'intérêt général⁶⁷⁷. [Nous soulignons.]

Au XV^e siècle et jusqu'au début du XVI^e siècle, la « sursacralisation du politique »⁶⁷⁸ amène à une dissociation entre le champ politique et le champ religieux, qui investit

⁶⁷⁴ Jacques Krynen, *L'Empire du roi, Idées et croyances politiques en France, XIII^e - XVe siècle*, Paris, Gallimard, 1993, pp. 470-471.

⁶⁷⁵ Sébastien Barret, Benoît Grévin, « Regalis excellentia, Les préambules des actes des rois de France au XIV^e siècle (1300-1380) », Paris, Mémoires et documents de l'École des Chartes, n° 98, 2014, p. 400; Cyrille Dounot, « Le bien commun dans la législation royale (XIII^e-XVIII^e siècle) », (2017) Bulletin de Littérature CXVIII-4 : 472 Ecclésiastique 99 (ci-après Dounot), p. 105.

⁶⁷⁶ Cité par François Olivier-Martin, « L'absolutisme français [Les cours du droit, 1950-1951] », Paris, 1997, p. 260; voir également Yves Sassier, « Bien commun et utilitas communis au XII^e siècle, un nouvel essor ? », (2010) 32 *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 245, p. 249.

⁶⁷⁷ Dounot, *supra* note 675, p. 105.

⁶⁷⁸ André Vauchez, « Introduction », dans André Vauchez (dir.), *La religion civique à l'époque médiévale et moderne (Chrétienté et Islam). Actes du colloque organisé par le Centre de recherche histoire sociale et culturelle de l'Occident, XII^e-XVIII^e siècle de l'Université de Paris X-Nanterre et l'Institut universitaire de France, Nanterre, 21-23 juin 1993*, École française de Rome, Rome, 1995, p. 3 cité dans Sère, *supra* note 665.

davantage le politique de la responsabilité de la préservation et la défense du *bien commun*⁶⁷⁹. La religion et l'éthique ne sont pas étrangères au gouvernement du roi, mais c'est le « but » de son règne, c'est-à-dire la justice dans l'intérêt de toutes les parties, qui lui attribue davantage de légitimité. Toutefois, s'investissant d'une mission divine⁶⁸⁰, François I^{er} viendra le 24 février 1515 rappeler « le lieu commun du roi qui est à la fois ministre de Dieu et au service du bien commun de son peuple »⁶⁸¹. *Roi législateur*, il édicte un nombre important d'actes (lettres patentes, commissions...) aux fins d'établissement de colonies en Amérique du nord qu'il justifie concurremment par une mission religieuse et par le profit qu'elles apporteraient au royaume⁶⁸². Ses successeurs suivront la même voie mais afficheront davantage leurs aspirations commerciales et financières :

[...] combien peut etre fructueuse, commode et utile a nous nos etats et sujets la demeure possession et habitation d'iceului pour le grand et apparent profit qui se retirera par la grande frequentation que l'on aura avec les peuples qui s'y trouvent et le trafic et commerce qui se pourra par ce moyen surement traitter et negocier [...]⁶⁸³.

Aux XVI^e et XVII^e siècle, les notions d'*utilité publique* ou de *commun profit* se retrouvent plus généralement dans les usages juridiques que le *bien commun*⁶⁸⁴. C'est à cette période aussi que le recours à la notion d'*intérêt général* se répandra dans les textes. Ses prémisses se retrouvent dans les écrits de juristes, magistrats et hommes d'État⁶⁸⁵. « C'est bien le signe indiscutable qu'elle a été imposée « par le haut », même si elle a été largement réappropriée « par le bas » »⁶⁸⁶. Vraisemblablement, c'est au moment où des notions portées davantage sur la gestion que sur le politique prennent une place prépondérante en droit, autrement dit sur les modalités d'exercice du pouvoir que sur son bien-fondé, qu'un

⁶⁷⁹ Sère, *supra* note 665, p. 291.

⁶⁸⁰ Le roi ne détenait pas de lien de parenté avec son prédécesseur Louis XII.

⁶⁸¹ Jean-Marie Le Gall, « L'abdication de François Ier », Le grand continent, Groupe d'études géopolitiques, Paris (mis en ligne le 24 février 2020), en ligne : <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/02/24/labdication-de-francois-ier/> (consulté le 30 août 2020).

⁶⁸² Ayant justifié son expédition en Italie par un droit de suite et non un objectif de conquête, il se devait de rendre ses actes légitimes par un autre objectif que celui du profit. *Ibid.*

⁶⁸³ *Lettres patentes accordées à Pierre du Guad Monts en qualité de lieutenant général*, 8 novembre 1603, FR ANOM COL C11A 1 F° 58.

⁶⁸⁴ La doctrine de la raison d'État, reprise par les théoriciens de la monarchie française, a largement contribué à la recrudescence de la notion d'*utilité publique* (*utilitas publica*) pouvant être traduite à l'époque par l'*intérêt public*. Nay, *supra* note 664, p. 165-177.

⁶⁸⁵ Julien Broch, « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français », (janvier/ mars 2017) 95 : 1 R.H.D.F.E. 59 (ci-après Broch), p. 63.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

rapprochement semble s'être opéré entre *bien commun*, *utilité publique*, *commun profit*, *intérêt général* et *intérêt public*.

À cette période, le pouvoir normatif du roi est surveillé par le Parlement⁶⁸⁷. Afin de ne pas bloquer les futures actions du roi, une présomption en sa faveur a été intégrée, rendant la charge de la preuve de la non-poursuite de l'*utilité et commodité publique* incomber à ceux qui contesteraient ses lois et lettres patentes⁶⁸⁸. Cette présomption ne limitera pas les contestations du Parlement, ce qui amènera plus tard Louis XIII à interdire au Parlement de s'occuper du gouvernement et de l'administration de l'État.

Il ressort des recherches de J. Broch que, jusqu'au XVII^e siècle, la notion d'*intérêt général* était suivie d'un complément⁶⁸⁹. Le Conseil privé du roi parlait ainsi d'*intérêt général du public*, lorsque les envoyés ou conseillers du roi avançaient un *intérêt général de toute l'Europe* et un *intérêt général de la Chrétiente*⁶⁹⁰. Dans la revue *Le Mercure historique et politique*, il est fait mention d'un *intérêt général de l'Empire*, le marquis de Saint-Aubin-Sur-Loire parle d'*intérêt général de la Nation* au moment où des hommes d'État défendent l'*intérêt général du pays ou de la ville*⁶⁹¹. Il est également fait mention d'*intérêt général des sujets*, l'*intérêt général du public*, d'*intérêt général de la noblesse* et d'*intérêt général des manufactures*⁶⁹². J. Broch voit dans cette palette « autant d'intérêts généraux que de cellules sociales [...] Chaque groupe veille ainsi jalousement sur son propre intérêt général »⁶⁹³.

Au cours du XVIII^e siècle, les écrits juridiques font moins suivre la notion d'*intérêt général* d'un complément. Au sens de J. Broch, cette situation est due à la recrudescence de l'individualisme dans la pensée des Lumières et au capitalisme, l'*intérêt général* communautaire ayant laissé place à un *intérêt général* pensé dans un cadre national⁶⁹⁴. La

⁶⁸⁷ L'art. 1^{er} de l'ordonnance de Moulins de 1566 prévoyait un droit de remontrances des cours souveraines lorsque les ordonnances « par succez de temps, usage et expérience [...], se trouvoient contre l'utilité et commodité publique ». [Nous soulignons.] *Édit et ordonnance du Roy... contenant plusieurs articles sur le fait et administration de la justice ; avec l'arrêt de la cour de parlement de Rouen, donné, les chambres assemblées, sur la publication dudit édit. Le tout publié en ladite cour, le 30e jour d'aoust ensuyvant, Rouen, Martin Le Mégissier, 1567*, 82 p.

⁶⁸⁸ « Toutefois, afin de préserver la liberté d'action du roi, le chancelier de François Ier présume que la raison du roi, pour juste qu'elle soit, n'a pas être prouvée. » : Broch, *supra* note 685, p. 108.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 70

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 70-72.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 72.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 73.

conciliation des différents intérêts particuliers au profit d'un *intérêt général* est toujours aux mains d'une puissance : le gouvernement (le roi)⁶⁹⁵. Toutefois, afin de dépasser la méfiance existante envers la « sincérité des princes, dont on présume qu'ils cultivent l'art de présenter ce qui leur est personnellement utile comme étant le bien de tous », il revenait aux juridictions (royales) parmi lesquelles le Conseil d'État et les parlements, de contrôler la poursuite de l'*intérêt général*⁶⁹⁶. Dans le cas où le roi légifère sans satisfaire à cette finalité, il peut voir les parlements refuser d'enregistrer son acte.

À partir de 1789, la définition de cet *intérêt général* sera pensée dans le cadre de la République et des autres régimes temporaires. Les bourgeois français considéraient leur combat pour la conquête du pouvoir à l'époque comme étant pour l'*intérêt général* tant il permettait, à leurs yeux, une « émancipation générale de la société »⁶⁹⁷. Mais malgré les proclamations de droits pour tous et l'érection de l'*intérêt général* en principe transcendant, dans les faits, les droits proclamés n'étaient accessibles qu'à la portion de la société détenant des moyens financiers ou intellectuels importants⁶⁹⁸. Le transfert de la souveraineté à un « être collectif » la nation française en tant que « représentation unitaire » du peuple se confrontera à la volonté des députés bourgeois de ne pas se départir d'un ordre politique protégeant leurs fonctions représentatives. Ils souhaitent demeurer « la seule élite capable de gouverner », les « juges du bien commun »⁶⁹⁹ :

Le peuple est souverain; mais, dans le gouvernement représentatif, ses représentants sont ses tuteurs, ses représentants peuvent seuls agir pour lui, parce que son intérêt est presque toujours attaché à des vérités politiques dont il ne peut avoir la connaissance nette et profonde.⁷⁰⁰

La situation était largement plus critique dans les colonies. Les normes édictées par le pouvoir réglementaire métropolitain et le pouvoir local (Gouverneur) s'imposaient en

⁶⁹⁵ *Lois municipales et économiques de Languedoc*, Rigaud et Pons, Montpellier, 1780, tome 1, pp. VII-VIII.

⁶⁹⁶ Broch, *supra* note 685, p. 82 citant J. Rousset de Missy, « Les intérêts présents de l'Europe fondés sur les tarifs conclus depuis la paix d'utrecht inclusivement ... », La Haye, A. Moetjens, 1734, tome IV, p. 153.

⁶⁹⁷ Karl Marx, *Introduction à la Critique de la philosophie du droit de Hegel, présentation et traduction d'E. Kouvelakis*, Paris, Ellipses, 2000, p.6; cité dans Stéphanie Roza, « Intérêt général, intérêt de classe, intérêt humain chez le jeune Marx » (2017), 17 *Astérion* [En ligne], (consulté le 10 septembre 2020).

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁹⁹ Nay, *supra* note 664, pp. 287, 303-312.

⁷⁰⁰ Discours d'Antoine Barnave du 31 août 1791 pouvant être considéré comme représentatif de la pensée de cette classe élitaire, cité dans *ibid.*, p. 305.

Guyane sans débat devant les assemblées représentatives⁷⁰¹. Ceci, même lorsque l'esclavage sera aboli et la citoyenneté française accordée aux peuples autochtones et aux différentes composantes de la société guyanaise (anciens esclaves, détenus, transportés, travailleurs étrangers, etc.)⁷⁰². Les peuples autochtones de Guyane, qui n'ont eu accès à la citoyenneté qu'au XX^e siècle, ne pouvaient quant à eux nullement être représentés. Dans toutes les situations, ils se trouvaient soumis à une conception de l'*intérêt général* qui s'imposait à eux, qu'elle vienne de la métropole :

[...] face à l'incapacité de certaines races à mettre en valeur leurs richesses naturelles, richesses pourtant indispensables au bien-être de l'humanité entière, les puissances européennes ont le devoir de suppléer aux défaillances des races attardées. **L'intérêt général de la collectivité humaine justifie dès lors le droit d'occupation et d'exploitation et relègue à plus tard le respect des droits et libertés politiques.** Accorder droits et libertés à des peuples n'ayant pas la maturité suffisante pour en faire usage reviendrait à les rejeter dans la barbarie et l'anarchie, état qu'ils connaissaient en situation précoloniale.⁷⁰³ [Nous soulignons.]

.. ou du pouvoir local :

[...] tout aux colonies est dans le plus grand désordre ; que les gouverneurs et les directeurs de l'intérieur sont de véritables pachas, **gouvernant et administrant le plus souvent dans l'intérêt des maîtres**, les uns pour se ménager leurs faveurs, les autres dans la seule vue de conserver les propriétés à esclaves qu'ils possèdent⁷⁰⁴

Et, même lorsque les différents mouvements socialistes et ouvriers en France à l'encontre de la société industrielle et capitaliste apporteront un élan de normes socialistes au sortir de la deuxième guerre mondiale, celles-ci ne s'appliqueront pas en Guyane⁷⁰⁵. Sous la

⁷⁰¹ En effet, comme nous l'avons vu au *Chapitre 2*, le régime des décrets est encore partiellement appliqué en Guyane, dans un certain nombre de matières.

⁷⁰² Comme nous l'avons présenté au *Chapitre 2*, ils furent longtemps écartés de la sphère politique. Et même lorsque leurs représentants ont pu voter des lois, ils pouvaient voir ces dernières ne pas s'appliquer en Guyane (principe d'adaptation).

⁷⁰³ Carole Reynaud-Paligot, « Usages coloniaux des représentations raciales (1880-1930) », (2006) 99 *Revue d'histoire critique* 103, p. 106 citant Carole Reynaud Paligot, « La politique indigène de la France », dans Henri Brenier, Léon Baréty, Edmond du Vivier de Strel et al., *La Politique coloniale de la France. Conférences organisées par la Société des anciens élèves et élèves de l'École coloniale*, Paris, Alcan, 1924, pp. 243-249.

⁷⁰⁴ Cyrille-Charles-Auguste Bissette, *Un projet Mackau : tendant à violer la loi du 24 avril 1833 sur le régime législatif des colonies*, Paris, Dupont, 1844, p. 13.

⁷⁰⁵ Nous pouvons citer à titre d'exemple la politique familiale nataliste et volontariste établie en métropole en 1946 (après la départementalisation de la Guyane) qui attribuait des allocations financières (allocations familiales, allocations prénatales etc.). Cette politique n'a pas été étendue à la Guyane. Il faudra attendre

IV^e République, l’État français, tout en profitant d’une présomption voulant que toute action législative, règlementaire ou administrative poursuive l’*intérêt général*, continuera d’imposer sa vision de l’*intérêt général* sans prendre réellement en considération le poids de la représentation guyanaise⁷⁰⁶. Ainsi, lorsque a été introduite la législation et la réglementation domaniale métropolitaine en Guyane en 1948⁷⁰⁷, celle-ci s’est faite à travers un simple décret, en méconnaissance de tout processus politique permettant de prendre en compte dans les arènes démocratiques, les intérêts des peuples autochtones.

À travers ces exemples, il est possible d’avancer que la présomption de poursuite de l’*intérêt général* en faveur de toute action étatique a servi les intérêts expansionnistes métropolitains et les intérêts particuliers des colons au détriment des peuples autochtones de Guyane et des autres peuples d’Afrique, d’Asie et d’autres territoires colonisés réduits en esclavage ou soumis aux travaux forcés, dépossédés de leurs terres et de leur liberté. A. de Tocqueville, avait relevé en 1850⁷⁰⁸, une continuité entre l’Ancien régime et le monde « qui naît alors »⁷⁰⁹.

2. Un bref aperçu du contenu et du rôle de l’*intérêt public* en Angleterre lors de la colonisation de l’Amérique du Nord et aux XIX^e et XX^e siècles au Canada

Dans l’Angleterre du Moyen-âge, le *bien commun* permettait également de justifier différentes actions politiques. Le roi avait pour rôle de défendre et préserver le *bien commun*⁷¹⁰. Il disposait de l’autorité pour y parvenir par la volonté de Dieu. Il devait néanmoins se conformer à sa loi et tenir compte des requêtes du Parlement⁷¹¹. À cette période,

plusieurs années plus tard. Lire notamment Arlette Gautier, « Le long chemin vers l’égalité des droits sociaux pour tous les Français », (2014) 186 : 6 *Informations sociales* 68, pp. 68-77.

⁷⁰⁶ Comme nous l’avons présenté au Chapitre 2, la *Loi de départementalisation du 19 mars 1946* soumettaient l’applicabilité en Guyane de la législation en vigueur en métropole à des décrets d’application. Plusieurs textes réglementaires sont dès lors restés applicables, faute de la mise en œuvre (soit par le Parlement, soit par le pouvoir réglementaire) de la nouvelle législation métropolitaine en Guyane.

⁷⁰⁷ *Supra* notes 520 et 521.

⁷⁰⁸ Alexis de Tocqueville (1856), « L’Ancien régime et la Révolution », Les Éditions Gallimard, 1952, 378 p.

⁷⁰⁹ Lucien Bély, « Chapitre II. Une monarchie de droit divin, un roi sacré », Lucien Bély (dir.), *La France au XVII^e siècle. Puissance de l’État, contrôle de la société*, Paris, P.U.F., 2009, p. 11.

⁷¹⁰ « Néanmoins il importe de remarquer que le vocabulaire de cette période n’est pas celui du XV^e siècle, et que la manière dont le bien commun est établi n’est pas identique. Le mot clef pour le XIII^e siècle est la *communitas regni*, la communauté du royaume, et non le bien commun, *bonum commune* ou *common wealth*. » Christopher Fletcher, « De la communauté du royaume au common weal. Les requêtes anglaises et leurs stratégies au XIV^e siècle », (2010) 32 : 2 R.F.H.I.P. 359 (ci-après Fletcher), p. 363.

⁷¹¹ *Ibid.*

« même si les barons du XIII^e siècle ont souvent revendiqué leur droit et leur devoir de conseiller le roi sur le bien et l'utilité de tout le royaume, leur titre à le faire risquait toujours d'être contesté par le roi, soit par préférence à son contrat avec Dieu, soit en se montrant le meilleur ami du bien commun »⁷¹². Dans ce deuxième cas de figure (meilleur ami du bien commun), le roi avait recours aux représentants directs des comtés et des villes, aux marchands ou à d'autres groupes d'intérêts pour appuyer sa législation.

Dès le XIV^e siècle, chaque pétition des *Commons* est classée soit en pétition d'intérêts singuliers (*singuleres petitions*) soit regroupés en pétition d'intérêt commun (*commune petition*). Dans le préambule de cette dernière, il était souvent mentionné son attachement au *commun profit*⁷¹³. Parmi les requêtes arguant du *commun profit du royaume (roialme)* nous retrouvons une requête demandant au roi la mise en place de mesures répressives contre les « travailleurs fugitifs et les mendiants » afin de les asservir au travail agricole⁷¹⁴. À cette époque, le *bien commun (common profit)* semble se doter davantage d'une conception « terre-à-terre »⁷¹⁵.

La notion demeure au XV^e siècle encore au centre de la réflexion des prérogatives et des limites du pouvoir royal. Certains groupes d'acteurs, parmi lesquels la noblesse non titrée, les juristes et marchands, ont déjà pris une place centrale dans cette réflexion, en tant que représentants au Parlement⁷¹⁶. L'image qui en ressort est celle d'un roi « chef d'un territoire et d'une communauté, qui se définit de plus en plus comme anglaise »⁷¹⁷. Un roi qui doit défendre le territoire et la communauté anglaise et respecter ses devoirs envers ses sujets en tenant une communication soutenue avec eux pour connaître ce qui constituerait le *common profit* à leurs yeux⁷¹⁸. La prospérité et la richesse matérielle du royaume prennent alors une grande place dans la définition de ce qui est pour le bien de la communauté⁷¹⁹.

⁷¹² *Ibid.*, p. 365.

⁷¹³ *Rotuli Parliamentorum*, tome II, p. 138, 132, 160, 165, 201 dans *Parliament Rolls of Medieval England*, éd. C. Given-Wilson et al., Leicester, 2005 cité dans *ibid.*, p. 369.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 340 cité dans Fletcher, supra note 710, p. 371.

⁷¹⁵ Fletcher, *supra* note 710, p. 309.

⁷¹⁶ Aude Mairey, « Qu'est-ce que le peuple ? Quelques réflexions sur la littérature politique anglaise à la fin du Moyen Âge », (automne 2009) 57 *Médiévales* 53, p. 53.

⁷¹⁷ Aude Mairey, « Les modèles royaux dans la poésie anglaise de la fin du Moyen Âge », dans Jean-Christophe Cassard, Elisabeth Gaucher, Jean Kerhervé (dir.), Vérité poétique, Vérité politique. *Mythes, modèles et idéologies politiques. Actes du colloque de Brest*, Brest, 22-24 septembre 2005, Éd. du CRBC, 2005, p. 310.

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 308.

Lorsque Élisabeth I^{re} accorda des lettres patentes pour la conquête des territoires en Amérique du Nord, l’expérience coloniale en Irlande avait apporté des éléments permettant de penser cette entreprise⁷²⁰. Les pétitions adressées à la reine par différents hommes d’État demandaient des concessions sur les terres qu’ils proposent de conquérir avec leurs fonds privés « pour établir une colonie anglaise dans un pays sauvage » en proposant un schéma prédefini incluant autant une politique d’assujettissement des autochtones qu’une structure militaire, d’exploitation et de peuplement⁷²¹. Dans cette perspective, la voie offerte à la reine, qu’elle a retenue pour l’Irlande en 1571 et pour l’Amérique du Nord en 1578, a été celle de justifier la colonisation autant par la recherche de l’enrichissement de la royauté, la surpopulation⁷²² que pour l’élargissement de la foi chrétienne⁷²³. Cependant, la volonté principale des pétitionnaires, exprimée explicitement, est de faire des colonies « une autre Angleterre »⁷²⁴ propice à la réalisation d’investissements rentables par des détenteurs de capitaux anglais, permettant l’accès au foncier pour la noblesse anglaise, l’accès pour le royaume à des marchandises, à une vie agréable et à une plus grande richesse⁷²⁵. Les termes souvent utilisés en ce sens étaient : « agréable » et « profitable »⁷²⁶. Les projets de colonisation anglaise dans ce qu’est le Québec aujourd’hui sont intrinsèquement liées à cette dynamique, et appellent à s’intéresser aux justifications publiques liés à ce territoire.

La Couronne apposait une justification publique dans les chartes d’incorporation qu’elle accordait aux entreprises impériales à l’instar de la Compagnie de Moscovie en Russie, et plus tard de la Compagnie de la Baie d’Hudson, au Québec⁷²⁷. Cette justification

⁷²⁰ David Beers Quinn, « Sir Thomas Smith (1513-1577) and the Beginnings of English Colonial Theory », (1945), 89 : 4 *American Philosophical Society* 543, pp. 543-560.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 548.

⁷²² *Ibid.*, p. 552.

⁷²³ *Ibid.*, p. 550.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 552.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 553.

⁷²⁷ Avant 1763, la présence française au Québec était également liée à des justifications publiques relativement semblables adossées aux actes établissant des entreprises commerciales impériales. Il est possible de lire, par exemple, dans l’*Acte pour l’établissement de la Compagnie des Cent-Associés pour le commerce du Canada* : « y établir colonie, afin d’essayer, avec l’assistance divine, **d’amener les peuples qui y habitent à la connaissance du vrai Dieu**, les faire policer et instruire à la foi et religion catholique, apostolique et romaine [...] le seul moyen de disposer ces peuples à la connaissance du vrai Dieu, était de peupler le dit pays de naturels français catholiques, pour, par leur exemple, disposer ces nations à la religion chrétienne, à la vie civile, et même y établissant l’autorité royale, tirer des dites terres nouvellement découvertes, quelque **avantageux commerce pour l’utilité des sujets du roi**. » [Nous soulignons.] *Acte pour l’établissement de la Compagnie*

ne se limitait nullement à la *bonne gouvernance du commerce*. Elle incluait la *gloire de Dieu*⁷²⁸, l'*utilité commune de tout le royaume de l'Angleterre*⁷²⁹, la *richesse de notre peuple*⁷³⁰ ou encore le *bien de notre richesse commune*⁷³¹. Il ne s'agissait, bien sûr, que de justifications « ouvertement simpliste[s] », car à la fin du XVI^e siècle ce sont les capitaux et commerçants londoniens qui souhaitaient principalement poursuivre leur élan très lucratif.

H. Baker affirme à cet égard :

Les commerçants ont cherché à obtenir des priviléges monopolistiques par des lettres patentes aux fins d'assurer une domination oligarchique sur les marchés et les marchandises étrangères ; [...] Ces motifs rationnels, mêlés à une dominante idéologie économique mettant l'accent sur la stabilité; le droit – voire la responsabilité – du gouvernement dans la réglementation du commerce et ainsi dans la préservation de l'ordre social, n'ont pas été contestés tout au long du XVI^e et du XVII^e siècle.⁷³² [Nos traduction et soulignement]

Cet élan fut aussi celui ayant amené à la *Proclamation royale de 1763*⁷³³. À cette époque, le secrétaire d'État chargé des affaires coloniales en Angleterre informe le *Board of Trade* du but du gouvernement britannique : « retirer de ces cessions les plus grands avantages commerciaux possibles »⁷³⁴. Ils décident alors, à l'instar de ce que la France avait établi en Guyane, d'appliquer le modèle de gouverneur en conseil⁷³⁵ qui constitue selon le secrétaire d'État « la forme de gouvernement la plus appropriée à des établissements dans leur enfance »⁷³⁶. L'administration du territoire *Indien réservé* par la *Proclamation royale de 1763* a été laissée au surintendant des Affaires indiennes afin de faire « éventuellement [...]

des Cent-Associés pour le commerce du Canada contenant les articles accordés à ladite compagnie par M. le Cardinal de Richelieu, 29 avril 1627, Mémoires des commissaires du roi et de ceux de sa majesté britannique, Tome II, p. 469.

⁷²⁸ Voir le préambule de la *Charter of Company of Merchant Adventurers to New Land*, 1566.

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ Voir le préambule de la *Charter of Levant Company*, 1592.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² Baker II, *supra* note 109, p. 25.

⁷³³ *Proclamation royale de 1763*, *supra* note 131.

⁷³⁴ Adam Shortt et Arthur G. Doughty (dir.), « Egremont aux lords du commerce, Whitehall, 5 mai 1763 », *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, vol. 1, Ottawa, T. Mulvey, 1921, p. 99

⁷³⁵ « On propose à la place de donner l'administration de la colonie à un gouverneur et un conseil qui recevraient leurs commissions et leurs instructions directement du roi, c'est-à-dire de l'exécutif. » Assemblée Nationale du Québec, *Proclamation royale (1763)* dans Encyclopédie du parlementarisme québécois, en ligne : [http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/proclamation-royale-\(1763\).html](http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/proclamation-royale-(1763).html) (consulté le 29 septembre 2020).

⁷³⁶ *Ibid.*

de ces lieux une colonie commerciale - comme le modèle de la Compagnie de la Baie d'Hudson – plutôt qu'une colonie de peuplement »⁷³⁷.

Le XIX^e et la première moitié du XX^e représentent des périodes intéressantes pour comprendre, cette fois, le rôle de la notion d'*intérêt public*⁷³⁸ dans l'usurpation des droits territoriaux et fondamentaux des peuples autochtones au Canada et au Québec⁷³⁹. Nous ne pouvons revenir sur toute cette période extrêmement intéressante en la matière. Nous souhaitons néanmoins proposer quelques exemples du recours à l'*intérêt public* dans la justification et l'élaboration des politiques d'assimilation et de dépossession à cette époque. Dans le Rapport Durham (1839), il était dit que :

[L]orsqu'une petite proportion seulement de la terre est occupée par des habitants, il y a encore **un sujet plus important d'intérêt public**. Je veux parler d'une opération du gouvernement qui a une influence des plus puissantes sur le **bonheur des individus**, et les **progrès de la société vers la richesse et la grandeur**. Je parle de la disposition par le gouvernement des terres du nouveau pays.⁷⁴⁰ [Nous soulignons.]

Effectivement, les différentes pétitions adressées au gouvernement pour ouvrir le territoire du Saguenay-Lac-Saint-Jean à l'agriculture, à l'exploitation forestière et à la colonisation plus généralement font état de l'importance capitale de ce sujet à cette époque⁷⁴¹ : il était d'*intérêt public* de libérer des terres pour les colons⁷⁴².

⁷³⁷ Vincent T. Harlow, *The Founding of the Second British Empire, 1763-1793* (vol. 1) *Discovery and Revolution*, Londres, Longmans, 1952, pp. 177-178 et 197 cité dans *ibid*.

⁷³⁸ Une notion qui avait pris une place importante dans le droit public britannique. Les considérations d'*intérêt public* étaient devenues capitales au niveau local d'abord, lorsque des institutions ont été créées aux fins de réalisation de travaux publics et d'aménagement du territoire. Ce n'est qu'à partir du XIX^e siècle, au moment où l'industrialisation avait abouti à des désastres sociaux « qu'une certaine harmonisation apparut nécessaire à la protection de l'intérêt public » : Michel Distel, « La législation particulière en Grande-Bretagne et aux États-Unis », (1979) 31 : 2 R.I.D.C. 339, pp. 355-356.

⁷³⁹ Cette notion se retrouve plus souvent dans les textes à cette période.

⁷⁴⁰ Voir page 177 du Rapport Durham dans : *Le Rapport de Durham*, Montréal : Éditions du Québec, 1948, 376 p. (traduit par Marcel-Pierre Hamel).

⁷⁴¹ Gérard L. Fortin et Jacques Frenette, « L'acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1853 », (1989) 19 : 1 R.A.Q. 31, p. 31.

⁷⁴² « En 1843, le gouvernement s'intéressa enfin d'une façon sérieuse à la colonisation du Saguenay et ordonna, pour régulariser la situation des colons établis, l'arpentage de plusieurs cantons de la région. L'histoire du Saguenay serait par la suite accélérée [...] » Rodolphe Gagnon, *Le chemin de fer de Québec au lac Saint-Jean (1854- 1900)*, thèse, Faculté des lettres, Université Laval, 1967, p. 50.

Au début du XX^e siècle, alors que les peuples autochtones se retrouvent, pour la plupart, dans des réserves et assujettis à la *Loi sur les Indiens*⁷⁴³, plusieurs dispositions sont venues octroyer davantage de pouvoirs à l'État. À titre d'exemple, en 1911, toute compagnie, municipalité ou autre structure dotée d'un pouvoir d'expropriation pouvait exproprier des terres de réserve sans le consentement d'une bande et sans l'aval du gouverneur en Conseil, si cela poursuivait une finalité d'*utilité publique*, soit la réalisation de travaux publics⁷⁴⁴. Le juge peut également, à partir de cette date, ordonner le déplacement d'une réserve sans avoir à obtenir le consentement de la bande concernée et sans qu'il y ait de cession s'il l'estime « opportun »⁷⁴⁵. Le Parlement justifiait ces dispositions par des motifs d'*intérêt public* : il ne souhaitait pas adopter des lois pour chaque expropriation de réserves proche des villes⁷⁴⁶. Il s'agissait, dans les faits, surtout de rendre libres des « terrains urbains de premier ordre pour le développement »⁷⁴⁷. Les juges estimaient, quant à eux, que ces déplacements étaient faits dans l'*intérêt public*, et dans l'*intérêt supérieur des Indiens* malgré la résistance de ces derniers à leur déplacement. Au sens du juge, « la réinstallation permettrait d'augmenter l'évaluation foncière du quartier » et « les inégalités raciales des Indiens, comparativement aux Blancs, entravent grandement tout développement social »⁷⁴⁸. Plusieurs dispositions législatives viendront ensuite permettre au gouverneur en conseil et aux différents ministères, fédéraux et provinciaux, de prendre des règlements, pour l'octroi notamment de titres miniers ou de propriété aux fins d'agriculture sur les réserves, sans consentement des peuples concernés et sans obligation légale d'indemnisation, toujours dans l'*intérêt public*⁷⁴⁹.

⁷⁴³ *Loi sur les Indiens*, supra note 171. Il est à préciser que malgré l'adoption formelle de cette loi, dans les faits, son application s'est réalisée d'une manière variable à travers le temps et l'espace.

⁷⁴⁴ Même si le Parlement était conscient du fait que la mise en œuvre de cette disposition pouvait entraîner une violation des droits issus de traités, il l'a pourtant adopté. Ceci dans le but de faciliter le travail des administrations dans un objectif fédéral de réduction des tailles des réserves au profit du développement. Voir Commission royale sur les peuples autochtones, Commission royale sur les peuples autochtones, « Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones », vol. 1, Partie 2., Affaires indiennes et du Nord Canada, Ottawa, 1996, p. 261 (version anglaise).

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ *Re Indian Reserve, City of Sydney, N.S.* (1918), 42 D.L.R. (Ex. C.) 314 at 316-317 par J. Audette, citée dans *ibid*, p. 262 (traduction de la Commission royale sur les peuples autochtones).

⁷⁴⁹ Nous citons à titre d'exemple : *Loi sur les mines* (1965), c. 34, al. 296 k); *Loi modifiant la Loi des sauvages*, S.C. 1919, c. 56, art. 1, *Loi ayant pour objet d'aider les anciens combattants à s'établir sur la terre*, S.C. 1942-1943, c. 33, préambule. Voir également *ibid*, p. 262.

Section 2. Une vision contemporaine de l'*intérêt général* et de l'*intérêt public* toujours tributaire de son interprétation étatique en France et au Canada

Aujourd’hui, la réception de l’*intérêt général* en Guyane et de l’*intérêt public* ou de l’*intérêt général du public* au Québec par les tribunaux demeure liée à sa réception historique. Des évolutions ont eu lieu, permettant une reconnaissance relativement plus importante des droits, mais la logique historiquement liée à ces notions continue d’être reçue et appliquée par les juges. En effet, ces derniers continuent de conforter l’appareil institutionnel étatique, incluant le législateur, l’exécutif et l’administration, dans la détention d’un outil conceptuellement souple permettant de légitimer et d’imposer ses décisions (1). Ils continuent, par ailleurs, d’exercer un contrôle des actes étatiques (législatifs, règlementaires et administratifs) sur la base de cet outil, non pas – il faut bien le dire – sans difficulté (2).

1. La définition de l’*intérêt général* et de l’*intérêt public* : une compétence principalement législative mais dont les contours se précisent dans la phase exécutive

Le régime juridique québécois s’est construit historiquement à partir du droit français et du droit anglais. Il nous oblige à nous intéresser tant à la réception de la notion d’*intérêt public* qu’à celle de la notion d’*intérêt général*. Dans le Code civil du Québec⁷⁵⁰, aucune disposition ne renvoie à l’*intérêt public*. Il n’est question que d’*intérêt général*. Pourtant, dans la majorité des lois et règlements québécois codifiés à ce jour, à l’instar de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*⁷⁵¹, il n’est fait mention que de l’*intérêt public*. Un nombre restreint de lois et de règlements citent toutefois l’*intérêt général*, en le faisant suivre le plus souvent d’un complément. Il est ainsi question d’*intérêt général des entreprises de transformation*⁷⁵², d’*intérêt général de l’Ordre*⁷⁵³, d’*intérêt général de la ville*⁷⁵⁴, d’*intérêt général de la municipalité*⁷⁵⁵, d’*intérêt général des producteurs*⁷⁵⁶, d’*intérêt général des*

⁷⁵⁰ *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. CCQ-1991, (ci-après CcQ).

⁷⁵¹ *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, R.L.R.Q., c. c-61.01, art. 18.

⁷⁵² *Loi sur la commercialisation des produits marins*, R.L.R.Q., c. c-32.1, art. 13

⁷⁵³ *Loi sur les agronomes*, R.L.R.Q., c. A-12, art. 22.

⁷⁵⁴ *Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec*, R.L.R.Q., c. C-11.4, art. 85.5 et art. 130.2.

⁷⁵⁵ *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, R.L.R.Q., c E-2.2., para. 305 (9).

⁷⁵⁶ *Loi sur les producteurs agricoles*, R.L.R.Q., c. P-28, art. 19; *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*; R.L.R.Q., c. M-35.1, art. 37; *Règlement sur les quotas des producteurs de lait*, R.L.R.Q., c. M-35.1, r. 208, art. 45.

*autres contribuables*⁷⁵⁷ et d'*intérêt général de la société*⁷⁵⁸. Toutefois, sous cette toile de fond, nous pouvons toutefois citer deux exemples de lois ne faisant mention que de l'*intérêt général*, seul :

3. La protection, la restauration, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau **sont d'intérêt général** et concourent à l'objectif de développement durable.⁷⁵⁹ [Nous soulignons.]

Les objectifs fondamentaux de cette loi font que la protection, l'amélioration, la restauration, la mise en valeur et la gestion de l'environnement sont **d'intérêt général**.⁷⁶⁰ [Nous soulignons.]

Lorsque ces lois mentionnent l'*intérêt général*, sans complément, elles chercheraient peut-être à conforter le sens de l'art. 913 du Code civil du Québec⁷⁶¹? Dans cette hypothèse, le législateur québécois serait loin d'attribuer le même contenu et le même rôle à la notion d'*intérêt général* que le législateur français. Cependant, lorsqu'il fait mention d'*intérêt public* afin d'investir le gouvernement québécois et le ministre d'un large pouvoir d'appréciation, sa conception semble rejoindre celle de l'*intérêt général* en France :

31.7.4. [...] Le gouvernement peut toutefois, pour des motifs liés à la défense nationale, à la sécurité de l'État ou **pour d'autres motifs d'intérêt public**, soustraire exceptionnellement un projet, en tout ou en partie, de la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement applicable sur ce territoire.⁷⁶²

118.12. Malgré le premier alinéa, **le Tribunal ne peut**, lorsqu'il apprécie les faits ou le droit, **substituer son appréciation de l'intérêt public** à celle que le ministre en avait faite en vertu de l'article 31.79.1 ou du deuxième alinéa de l'article 31.81 pour prendre sa décision.⁷⁶³

203. Malgré l'article 189, le gouvernement peut, pour cause, autoriser, à ses conditions, l'exécution et l'exploitation d'un projet qui n'a pas été autorisé par le ministre ou modifier les conditions imposées par celui-ci. Il peut même, **lorsqu'il le juge nécessaire**

⁷⁵⁷ *Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, R.L.R.Q., c. V-6.1, art. 22.

⁷⁵⁸ *Orientation et mesures du ministre de la Justice en matière d'affaires criminelles et pénales*, c. M-19, r. 1, Introduction.

⁷⁵⁹ *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés*, R.L.R.Q., c. 6.2, art. 3.

⁷⁶⁰ *Loi sur la qualité de l'environnement*, R.L.R.Q., c. Q-2, disposition préliminaire.

⁷⁶¹ L'art. 913 dispose que les choses qui ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code. » CcQ, *supra* note 750, art. 913. Ainsi serait d'intérêt général ce qui n'est pas appropriable ?

⁷⁶² *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra* note 760, art. 31.7.4.

⁷⁶³ *Ibid.*, art. 118.12.

dans l'intérêt public, soustraire un projet à l'ensemble ou à toute partie de la procédure d'évaluation et d'examen prévue à la présente sous-section.⁷⁶⁴

18. Le ministre **peut modifier** la délimitation d'un territoire faisant l'objet d'une telle désignation ou y mettre fin lorsque, selon le cas: [...]

2° **L'intérêt public** le justifie;⁷⁶⁵

304. Le ministre peut, par arrêté: 1° réserver à l'État ou soustraire à la prospection, à la recherche, à l'exploration et à l'exploitation minières toute substance minérale faisant partie du domaine de l'État et nécessaire à **tout objet qu'il juge d'intérêt public**, notamment la réalisation des travaux, ouvrages et objets suivants: — miniers d'inventaire et de recherche; — installations minières, industrielles, portuaires, aéroportuaires ou de communications; — conduites souterraines; — aménagement et utilisation de forces hydrauliques, de lignes de transport d'énergie électrique [...]]⁷⁶⁶

Concernant les lois et règlements fédéraux, ceux-ci renvoient expressément à l'*intérêt public*. Nous remarquons, à ce titre, qu'une disposition est souvent insérée ayant pour titre « intérêt public », visant à préciser ce qu'il est important de considérer⁷⁶⁷.

Dans la formulation du contenu de l'*intérêt public* au Québec et au Canada, le législateur détient un rôle aussi important qu'en France relativement à l'*intérêt général*. Il attribue également un pouvoir discrétionnaire important au gouvernement et à l'administration pour décider des mesures à prendre, dont les effets sont *dans l'intérêt public* et *les motifs ou fins* qui les justifient *d'intérêt public*. Les différentes expressions utilisées en attestent : « lorsqu'il le juge nécessaire dans l'intérêt public »; « s'il estime qu'une telle période sert l'intérêt public »; « le gouvernement peut [...] pour d'autres motifs d'intérêt public » et « décide que ces effets sont dans l'intérêt public »⁷⁶⁸. Il revient alors principalement à l'exécutif et à l'administration de tirer de l'esprit de la loi les objectifs poursuivis par le législateur et de leur donner les effets souhaités. En réalité, cela leur accorde un pouvoir supplémentaire dans la détermination du sens de l'*intérêt public*.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, art. 203.

⁷⁶⁵ *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, *supra* note 751, art. 18.

⁷⁶⁶ *Loi sur les mines*, R.L.R.Q., c. M-13.1, art. 304.

⁷⁶⁷ Voir par exemple *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, c. 28, art. 32 et 63.

⁷⁶⁸ Pour toutes ces formulations, voir *supra* notes 762 à 767.

Dans un arrêt de la Cour suprême, le juge Gonthier, dissident, a proposé un cadre d'analyse de l'*intérêt public*, en tant que « notion législative large » visant un « ensemble particulier de préoccupations et d'intérêts »⁷⁶⁹. Il avait défini l'*intérêt public* ainsi :

[...] une notion qui traditionnellement a été reconnue comme offrant le moyen de désigner les considérations particulières pertinentes aux décisions judiciaires concernant les rapports entre l'intérêt ou les intérêts privés en cause et l'intérêt plus général du public.⁷⁷⁰ [Nous soulignons.]

L'*intérêt plus général du public*, l'*intérêt général du public* ou l'*intérêt supérieur du public* se distinguerait-il alors de l'*intérêt public* dans l'ordre juridique canadien ? Sur la base de ce cadre d'analyse, repris dans d'autres décisions⁷⁷¹, l'*intérêt public* serait alors une notion qui prendrait en compte les rapports entre les intérêts privés en cause et l'*intérêt supérieur du public (intérêt général du public)*; alors que, d'après notre compréhension, l'*intérêt supérieur du public* serait une notion qui prendrait en compte les rapports entre plusieurs intérêts particuliers au sein d'une communauté sociale, politique et économique large.

2. La compétence malaisée des juges dans la définition de l'*intérêt général* en France et de l'*intérêt public* ou l'*intérêt supérieur du public* au Québec

La dynamique, tant en France qu'au Canada, repose depuis un certain nombre d'années sur un dispositif clair : une reconnaissance plus importante des droits par le constituant, dans un champ opératoire « souple »⁷⁷² où le législateur, l'exécutif et l'administration disposent d'une notion polysémique et maniable qu'est l'*intérêt général* ou l'*intérêt public* pour restreindre ces droits. Toutefois, même dans le cas où elle exercerait un pouvoir discrétionnaire étendu, l'administration est tenue de rechercher dans la loi qui oriente son action, la conception que le législateur a de l'*intérêt public*⁷⁷³ et dans notre cas de l'*intérêt supérieur du public*. Le juge contrôle si les actes de l'administration se conforment à l'objectif poursuivi par le législateur.

⁷⁶⁹ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 (ci-après *Young c. Young*), p. 74.

⁷⁷⁰ *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 751.

⁷⁷¹ *Young c. Young*, *supra* note 769, p. 74.

⁷⁷² Terme emprunté au Juge en Chef de la Cour suprême, McLachlin, *infra* note 775.

⁷⁷³ Patrice Garant, Philippe Garant et Jérôme Garant, *Précis de droit des administrations publiques*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, Montréal, 2018 (ci-après Garant et al.), pp. 102 et 103.

Dans le cadre du *contrôle de constitutionnalité* de la loi, les législateurs et gouvernements canadien et québécois, à l'instar du législateur français, peuvent justifier des mesures restreignant l'exercice de droits et libertés garantis constitutionnellement, au nom d'un *intérêt public supérieur*.⁷⁷⁴ À ce sujet, la juge McLachlin nous rapporte :

Les notions de proportionnalité, de juste équilibre et d'atteinte minimale aux droits, développés en Europe au milieu du XX^e siècle, s'accordaient avec la tradition déjà bien établie au Canada d'une solide reconnaissance des droits, suffisamment souple pour permettre d'en restreindre l'exercice lorsque l'État peut le justifier au nom de l'intérêt public supérieur. C'est ainsi qu'elles ont été intégrées à notre façon d'aborder les libertés fondamentales de nos citoyens.⁷⁷⁵ [Nous soulignons.]

L'effet miroir entre le droit québécois, le droit canadien et le droit français, même s'il est imparfait se retrouve également dans la limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration⁷⁷⁶. Dans le cadre du *contrôle de légalité*⁷⁷⁷, un acte administratif⁷⁷⁸ qui ne poursuivrait pas l'*intérêt public* selon la volonté et l'esprit de la loi sera annulé⁷⁷⁹ :

[...] on ne peut analyser un pouvoir discrétionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et la question importante est de savoir si la présence d'un tel pouvoir se rattache rationnellement à ces objectifs.⁷⁸⁰ [Nous soulignons.]

En présence de plusieurs objectifs d'*intérêt public*, cette annulation n'interviendrait que s'il est démontré que l'objectif ayant mené principalement à l'accomplissement de l'acte n'est pas d'*intérêt public* selon ce qu'aurait souhaité le législateur⁷⁸¹. Les cours reçoivent, par

⁷⁷⁴ Les différents termes utilisés par la Cour suprême du Canada ont été présentés au *Chapitre 1*.

⁷⁷⁵ Cour suprême du Canada, *Notes d'allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada*, Causerie Symonss, 21 octobre 2008, en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2008-10-21-fra.aspx#fnb11> (consulté le 20 août 2020) (ci-après McLachlin).

⁷⁷⁶ Voir notamment Daniel Mockle, « De quelques influences croisées dans l'élaboration de la théorie des actes administratifs », dans Sophie Lavallée et al., *Vastes Mondes : Études En L'honneur Du Professeur Denis Lemieux*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, pp. 245-298.

⁷⁷⁷ Les hypothèses dans lesquelles les tribunaux exercent leur contrôle ont été regroupés comme tel : « si la discréption administrative a été exercée: à des fins impropre, non prévues par la loi; (2) de mauvaise foi; (3) selon des principes erronés ou en tenant compte de considérations non pertinentes; (4) d'une façon discriminatoire et injuste, arbitraire ou déraisonnable. » Dans *Bellefleur c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2320 (ci-après *Bellefleur*).

⁷⁷⁸ Pour une définition des actes administratifs en droit canadien et en droit québécois ainsi que la présentation de des régimes juridiques qui leur sont applicables, voir Garant et al., *supra* note 773, pp. 93-117.

⁷⁷⁹ *Office des services de garde à l'enfance c. Chouinard*, 1991 Q.C.C.A. 3435 (CanLII), *Produits Shell Canada c. Vancouver*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

⁷⁸⁰ *Young c. Young*, *supra* note 769, p. 73.

⁷⁸¹ Si le test de prédominance est impossible, il suffit que l'Administration démontre un but valide. *Garderie Morin inc. c. Office des services de garde à l'enfance*, [1993] R.J.Q. 729.

ailleurs, les adaptations que l'administration réalise dans le but de répondre à des un contexte nouveau et évolutif⁷⁸². Selon la Cour suprême :

La législature et ses rédacteurs ne peuvent pas prévoir tous les cas particuliers. Il paraît donc logique, sur les plans législatif et administratif de recourir à de telles dispositions pour conférer aux administrations publiques locales le pouvoir résiduaire d'intervenir en cas d'imprévu et de changements ainsi que de traiter des questions nouvelles et évolutives **relativement au bien-être de la collectivité locale vivant sur leur territoire.**⁷⁸³[Nous soulignons.]

Conformément à la présentation réalisée au *Chapitre 2*, nous savons qu'en présence de *droits ancestraux*, le juge réalise un contrôle supplémentaire, celui de vérifier si le pouvoir législatif et le pouvoir règlementaire poursuivent un objectif réel et impérieux visant un des deux objectifs du par. 35(1), avec une prédominance pour l'objectif de conciliation⁷⁸⁴. Il contrôle dès lors si les parlements et gouvernements satisfont à la justification des atteintes par la preuve d'un objectif suffisamment important pour l'ensemble de la société et qui vise la conciliation entre l'affirmation de la souveraineté britannique et la préexistence de sociétés autochtones. Cela revient à rechercher un *intérêt supérieur du public* et non seulement un *intérêt public*. La Cour suprême renvoie dans ce cas à un *public* englobant la société canadienne⁷⁸⁵, en tant que communauté sociale, politique et économique large dont font partie les peuples autochtones⁷⁸⁶. Le Conseil constitutionnel quant à lui n'apporte pas de précisions quant au contenu du *général*⁷⁸⁷. Il convient d'en tirer que le *général* se rapporterait à la Nation française en tant que communauté sociale, politique et économique large dont les peuples autochtones guyanais font partie⁷⁸⁸.

Bien que le législateur et le pouvoir règlementaire dans les deux États détiennent une compétence accrue dans la définition des objectifs d'*intérêt général* ou d'*intérêt public*, et qu'il leur revient de concilier entre les exigences constitutionnelles et les différents intérêts en présence, c'est l'administration qui applique concrètement les mesures et se retrouve investie d'un pouvoir décisionnel accru. Cependant, le contrôle du pouvoir discrétionnaire

⁷⁸² *Ibid.*, p. 103.

⁷⁸³ *114957 Canada ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Hudson (Ville d')*, [2001] R.C.S. 241., para. 53.

⁷⁸⁴ Voir *Partie 2 du Chapitre 1*.

⁷⁸⁵ *Gladstone*, *supra* note 15, para 74; *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 40.

⁷⁸⁶ *Gladstone*, *supra* note 15, para 73; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161.

⁷⁸⁷ De notre lecture de toutes les décisions présentées à la *Partie 2 du Chapitre 2* du présent mémoire.

⁷⁸⁸ Concernant le principe d'unicité du peuple français, voir *supra* note 25.

de l'administration par les juges demeure incomplet. Les juges sont encore réticents à contrôler d'une manière approfondie l'opportunité et la rationalité de la décision administrative hors du champ de l'expropriation et de l'atteinte à des droits et libertés fondamentaux (et les *droits ancestraux*), ce qui rend complexe toute démarche d'investir l'*intérêt général* et l'*intérêt public* d'un contenu autre que celui que l'État lui assigne pour justifier ses mesures attentatoires.

Le juge, dans ce processus, ne saurait substituer ses visions, valeurs, objectifs et choix techniques à ceux ayant primés à l'échelle politique ou administrative. Au Québec, comme en France⁷⁸⁹, les cours laissent apparaître dans leur discours leur réticence à substituer leurs visions :

[...] le tribunal devra se garder alors de poser un jugement de valeur et de substituer purement et simplement son opinion à celle de l'Administration, en un mot de juger l'Administration plutôt que l'acte administratif.⁷⁹⁰

Si en principe le juge ne peut se réapproprier, dans le cadre des litiges, les objectifs du législateur (et du pouvoir réglementaire au Canada)⁷⁹¹, il est tout de même constraint de s'y référer. Il peut dès lors choisir d'interpréter les dispositions de la loi (ou du règlement) d'une manière qui réalisera sa démonstration⁷⁹² : « [e]n somme, là où la loi « dispose », la décision de justice « motive ». Et elle « raisonne », « démontre », « justifie » »⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Nous avons eu l'occasion de présenter ces considérations à la *Partie 2* du *Chapitre 2*.

⁷⁹⁰ *Bellefleur*, *supra* note 777.

⁷⁹¹ Que nous soyons en France ou au Canada, nous avons vu que le juge ne peut, en principe, substituer son opinion concernant la validité de l'objectif législatif (et réglementaire) à celui du Parlement ou du gouvernement. Toutefois, il peut lire l'objectif dans la loi ou l'esprit de la loi ce qui lui laisse un pouvoir créateur. Voir Côté, *infra* note 792.

⁷⁹² Comme nous le rapporte P.-A. Côté, « [p]lus personne aujourd'hui ne contestera sérieusement que l'interprétation des textes législatifs puisse faire appel au pouvoir créateur du juge. L'idée que le juge ne fait que dire le droit (*jus dicere*) a été dénoncée comme "une fiction infantile" (Austin), "un conte de fées" (lord Reid) et les juges eux-mêmes reconnaissent sans détour la marge de discréption qui peut leur laisser la relative indétermination des règles contenues dans les textes législatifs. » Pierre-André Côté, Centre de recherche en droit public et Université de Montréal, *Interprétation des lois*, Éditions Yvon Blais, Cowansville 1984 (ci-après Côté), p. 5.

⁷⁹³ Boris Barraud, *La méthodologie juridique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 2016, p. 170.

Partie 2. L'intérêt général ou l'intérêt supérieur du public dans la bouche des juges contemporains ou la légitimation de conceptions circonstancielles

Comme pour le cas de la France en matière d'*intérêt général*, l'*intérêt public* et l'*intérêt général du public* au Québec et au Canada a une fonction importante en droit public. Tantôt, ces notions apparaissent comme des outils dont disposerait les pouvoirs normatifs pour restreindre ou interdire l'exercice d'un droit, tantôt au contraire, elle semble leur permettre d'appliquer des mesures plus permissives⁷⁹⁴. Le juge, à cet égard, en mobilisant les mêmes notions, contrôle la constitutionnalité de la loi à l'endroit des pouvoirs législatif (et réglementaire) et la légalité des actes administratifs⁷⁹⁵. Dans cette démarche, deux étapes de contrôle relativement similaires ressortent des jurisprudences française et canadienne (section 1). La rationalité appliquée dans ce cadre autour de l'*intérêt général* et de l'*intérêt supérieur du public*, présente plusieurs limites, lesquelles, additionnées à d'autres considérations, viennent conforter notre hypothèse et démontrer la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones (section 2).

Section 1. L'instrumentalisation de l'*intérêt général* par les juges dans la légitimation du processus décisionnel et de la décision des acteurs étatiques

L'*intérêt général* ou l'*intérêt supérieur du public*⁷⁹⁶, se voit investi d'une double fonction en droit public tel qu'appliqué au test de justification des atteintes des *droits ancestraux* et en droit constitutionnel français. Il doit fonder toute décision normative (une fonction orientée vers la fin) et être prédominant dans le choix des actions à poser (une fonction orientée vers les moyens). Il est dès lors mobilisé tant dans la légitimation de la finalité de la règle de droit au sein d'un ordre juridique (1) que dans la justification des moyens pour y parvenir (2).

⁷⁹⁴ Nous reviendrons sur cette question plus loin.

⁷⁹⁵ En vertu de la *Rule of law* tirant son origine dans le droit anglais, les cours de justice opèrent un *contrôle de la légalité* des actes administratifs et un *contrôle de constitutionnalité* des actes législatifs. *Québec (Procureur général) c. 2747-3174 Québec inc.*, 1994 Q.C.C.A. 6017 (CanLII).

⁷⁹⁶ Il ressort de la Partie 2 du présent chapitre (*Chapitre 3*) que le concept d'*intérêt supérieur du public* est celui qui se retrouve mobilisé dans le cadre des *droits ancestraux* et non pas l'*intérêt public*. C'est donc l'*intérêt supérieur du public* qui est mis en parallèle à la notion d'*intérêt général*.

1. L'intérêt général ou l'intérêt supérieur du public : un instrument de légitimation de la finalité de la règle de droit

Vouloir saisir un sens de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public* globalement au sein d'un groupe restreint ou à l'échelle internationale paraît irréalisable. Vouloir saisir le sens qu'en fait un seul agent à un instant (t) paraît plus accessible⁷⁹⁷. Toutefois, à cette fin, il est tout aussi important d'étudier le discours de cet agent relativement à sa conception de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public*, que les actions qu'il pose⁷⁹⁸. Dans ce sens, découvrir l'interprétation de ces notions au sein d'un ordre juridique passe nécessairement par l'étude de leur mobilisation par chacun des agents, que cela soit en faveur d'un objectif ou d'un moyen.

Nous avons décidé dans le cadre de notre analyse de nous intéresser plus particulièrement au juge en tant qu'agent interprète « ultime et obligé »⁷⁹⁹ des diverses conceptions de l'*intérêt général* qui existent en concurrence dans la société civile. Tant en France qu'au Canada, les hautes juridictions de droit public affirment la compétence suprême du législateur à définir l'orientation que prendra l'*intérêt général* ou l'*intérêt supérieur du public*⁸⁰⁰ dès lors qu'il se conforme aux exigences constitutionnelles. Le juge valide ainsi la légitimité du législateur à matérialiser en des objectifs sa conception de l'*intérêt général* et de l'*intérêt supérieur du public* à un instant (t), lui permettant *in fine* de définir de nouvelles règles de droit et l'imposer à la société. Seulement, même au plus novice d'entre nous, il apparaîtra que faire primer une conception sur une autre dépend forcément d'un jeu de

⁷⁹⁷ Nous nous réfèrons toujours à un instant (t). Bjarne Melkevik nous conforte, *a posteriori*, dans ce choix : « [i]l faut simplement comprendre que les “outils” qu’utilise un juriste n’ont aucun statut autre que d’exister à un moment chronologiquement donné. Ils ont tous le statut de “l’antiquité”, ils sont tous “datés” (parfois avec une heure précise), ils sont tous historiquement donnés. Un jugement publié par une Cour suprême acquiert son statut historique (et d’antiquité) dans la seconde qui suit sa publication. » Bjarne Melkevik, « Le ciel embrumé du déjà-droit : Une critique épistémologique » dans Georges Azzaria (dir.), *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2^e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 2013, p. 368.

⁷⁹⁸ Jacques Chevallier a cherché, dans une étude approfondie, à démontrer « par la confrontation discours/pratiques, les torsions que l'idéologie de l'intérêt général fait subir à la réalité politique dans les pays occidentaux, à localiser le point où le discours dérape dans l'imaginaire et entraîne une perception déformée des rapports sociaux et politiques »: Chevallier, *supra* note 46, p. 11. Nous relevons ainsi qu'il est nécessaire dans le cadre de notions aussi polysémiques de s'attacher autant au discours qu'à la pratique,

⁷⁹⁹ Pierre Trudel, « L'intérêt public : son rôle et les rouages de sa détermination », dans Yves-Marie Morissette, Wade MacLauchlan et Monique Ouellette (dir.), *La transparence dans le système judiciaire*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Thémis, 1994 (ci-après Trudel), p. 42.

⁸⁰⁰ Pour la France/Guyane : voir *Chapitre 2, Partie 2, Section 1 (1.1. et 1.2.)*. Pour le Canada/Québec : en présence de droits ancestraux, c'est bien l'objectif législatif ou réglementaire qui doit respecter les exigences de conciliation et de fiduciaire, voir *Chapitre 1, Partie 2, Section 1 (1.1. et 1.2.)*.

pouvoir à différents niveaux : « [à] l'occasion des conflits, les sujets de droit et les groupes d'intérêt [constitués ou non] cherchent, de diverses façons, à faire prévaloir un sens de la notion qui va dans le sens de leurs intérêts ou des valeurs qui leur sont chères »⁸⁰¹. À l'occasion de chaque nouvelle norme, il y aurait ainsi une ou plusieurs conceptions qui l'auraient emporté *in fine* et que le juge tentera de lire dans l'objectif de la loi, ou peut-être même dire.

Les hautes juridictions constitutionnelles, française et canadienne, assignent une place importante à l'*« objectif »* de la loi dans leur *contrôle de constitutionnalité*⁸⁰². À l'échelle constitutionnelle, nous proposons le présent tableau à titre comparatif :

<u>Contrôle de l'appréciation de l'objectif de la loi :</u>	CANADA (Droits ancestraux)	L'objectif législatif ou règlementaire doit être régulier, impérieux et réel. Il doit être suffisamment importante pour la société et permettre une « conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les canadiens » ⁸⁰³ . La Cour suprême renvoie ensuite à l'esprit de la loi pour rechercher l'objectif poursuivi ⁸⁰⁴ .
Contrôler si l'atteinte se rattache rationnellement aux objets de la mesure constitutionnelle à laquelle il est porté atteinte.	FRANCE (Droit commun)	L'objectif législatif doit être d' <i>intérêt général</i> . Le Conseil constitutionnel renvoie aux textes législatifs et préparatoires pour la définition de cet objectif ⁸⁰⁵ .

Le législateur est investi de la mission de définir le sens de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public* compte tenu de son rôle dans la sphère politique⁸⁰⁶. Il peut modifier l'ordonnancement juridique en prenant une mesure attentatoire aux droits protégés par la Constitution s'il estime qu'une telle mesure est justifiée par sa conception circonstancielle de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public*. Cette conception est mouvante et adaptative. À chaque fois qu'elle évolue, sa traduction pratique évolue concurremment. Cette conception, composée elle-même de différentes variantes (politique,

⁸⁰¹ Trudel, *supra* note 799, p. 38.

⁸⁰² Nous avons eu l'occasion de présenter ces éléments dans les chapitres précédents.

⁸⁰³ *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 125.

⁸⁰⁴ *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1113.

⁸⁰⁵ Voir *Chapitre 2, Partie 2, Section 1, (2)*.

⁸⁰⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 75-54 D.C. du 15 janvier 1975, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671 (ci-après *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*).

environnement, société, santé, défense, économie etc.) et traduite en des objectifs réels « résulte d'arbitrages, parfois provisoires ou ayant une vocation à une plus grande permanence entre les diverses conceptions de l'intérêt public [ou général] qui coexistent dans les sociétés pluralistes »⁸⁰⁷.

Même si elles confirment le rôle principal du législateur dans la définition de l'*intérêt général* ou l'*intérêt supérieur du public*, les hautes juridictions attribuent un rôle important à l'administration, qui face à une situation donnée peut décider de l'opportunité des mesures à prendre. Une fois que l'atteinte de la loi ou du règlement aux droits protégés constitutionnellement sera considéré comme justifiée au niveau de l'*intérêt général* et de l'*intérêt public supérieur*, l'objectif poursuivi par l'administration sera contrôlé par les tribunaux au niveau de l'*intérêt général* ou de l'intérêt public. Étant donné que l'administration ne détient que rarement un simple rôle instrumental, dans la pratique, cette dernière ajoute sa propre conception circonstancielle de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public* à un moment (t+1) à celle qui a déjà été matérialisée dans les objectifs législatifs à un moment (t)⁸⁰⁸. Les hautes juridictions s'attribuent un rôle supplémentaire dans ce processus en cas de litige en contrôlant à un instant (t+2), d'un côté, la poursuite d'un objectif impérieux et réel (objectif général du public visant la conciliation) ou d'un objectif d'*intérêt général* (en France), et de l'autre, la recherche d'une proportionnalité (Canada et France)⁸⁰⁹. Les principes d'interprétation des lois ont un rôle argumentatif central dans cette

⁸⁰⁷ Trudel, *supra* note 799, p 39.

⁸⁰⁸ L'Administration détient le plus souvent un véritable pouvoir discrétionnaire, qui commande de légitimer rationnellement le contenu, l'objectif et les moyens qu'elle poursuit, selon le texte habilitant. Calliope Spanou nous offre une analyse intéressante sur ce sujet et, plus précisément, sur la légitimation de l'action administrative par le biais de méthodes procédurales et de gestion des déceptions, voir Calliope Spanou « Le droit sur le champ politico-administratif : la rencontre du droit et de la science administrative », dans Philippe Bezès, Michel Borgetto, Danièle Bourcier (Éd.), *Penser la Science Administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, L.G.D.J., Paris, 2013, pp. 103-113.

⁸⁰⁹ Il est établi que la Cour suprême du Canada et le Conseil constitutionnel français se sont attribués ce rôle en matière constitutionnelle. En effet, au Canada, à la différence des droits et libertés garantis par la *Charte*, aucune disposition constitutionnelle ne permet à une règle de droit de limiter l'exercice des *droits ancestraux*. En mettant en place le *test de justification*, la Cour s'est ainsi investie elle-même d'un nouveau rôle. Voir la *Charte*, *supra* note 208, art. 1. En France, le Conseil constitutionnel a, de son côté, permis au législateur de porter atteinte aux droits et libertés constitutionnels s'ils le justifient par des exigences constitutionnelles ou par la poursuite de l'intérêt général. Il s'attribue ainsi un rôle supplémentaire dans la détermination d'une conception circonstancielle de l'intérêt général. G. Merland, en se basant sur des décisions du Conseil constitutionnel nous explique : « le juge est maître de son pouvoir de sélection des objectifs poursuivis. Au demeurant, si c'est celui-ci est aussi important dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est parce que lorsque le Conseil fait référence à un objectif législatif dans le cadre de la condition d'intérêt général, celui-ci acquiert inévitablement le caractère d'intérêt général. » : Merland, *supra* note 42, p. 5.

démarche, l’application de l’une ou l’autre des méthodes relevant davantage de la politique judiciaire⁸¹⁰. Les juges ajoutent ainsi un pouvoir décisionnel additionnel, le leur, et donc une ultime conception circonstancielle, puisqu’ils peuvent décider de l’opportunité des méthodes interprétatives et justifications apportées et, contrôler les circonstances de l’affaire. Toutefois lorsqu’ils décident de limiter leurs contrôles⁸¹¹, où lorsqu’il l’est par force de loi⁸¹², les juges ferment à la possibilité pour le public d’accéder, dans une certaine mesure, aux critères ayant établi la solution d’arbitrage entre les différentes conceptions.

2. L’intérêt général ou l’intérêt supérieur du public : un instrument de justification des moyens utilisés

En présence de *droits ancestraux*, l’interprétation de l’*intérêt général* ou l’*intérêt supérieur du public* par les juridictions dépendra, dans chaque cas, de la conception qui aura primé dans le processus décisionnel entourant l’atteinte et ce, après la superposition de tous les pouvoirs décisionnels. Dans cette situation, chaque agent détenant un pouvoir décisionnel, devrait, en principe, pouvoir justifier rationnellement la pertinence des moyens utilisés pour satisfaire la conception circonstancielle de l’*intérêt général* ou l’*intérêt supérieur du public* qu’il relève du pouvoir décisionnel l’ayant précédé et qui s’impose à lui. Les hautes juridictions intègrent en partie cette vision dans le cadre du *contrôle de proportionnalité*⁸¹³ : à titre d’interprètes ultimes, ils accordent un contenu à l’*intérêt général* et à *intérêt général du public* lorsqu’ils s’y réfèrent au moment de la justification rationnelle de leur réception

⁸¹⁰ Côté, *supra* note 792, p. 335.

⁸¹¹ Le Conseil constitutionnel ne réalise pas toujours un *contrôle de proportionnalité* en trois étapes (dit contrôle entier). Il peut décider d’opérer un contrôle restreint. Comme le dit un membre du Conseil constitutionnel : « [I]a ligne de partage n’est pas très nette entre ces deux types de contrôle mais dans les deux cas il peut utiliser pour faciliter son contrôle des techniques particulières comme les réserves d’interprétation ou la vérification de maintien de l’existence de garanties légales suffisantes pour l’exercice d’un droit ou d’une liberté » : Guillenichmid, *supra* note 818, p. 30. Par ailleurs le Conseil constitutionnel est venu rappeler récemment « qu’il ne dispose pas d’un pouvoir général d’appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient donc pas de rechercher si l’objectif que s’est assigné le législateur pouvait être atteint par d’autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif », Conseil constitutionnel, *décision n° 2020-802 D.C. du 30 juillet 2020*, J.O. n° 190 du 4 août 2020, texte n° 2, considérant 5, reprenant sa *décision n° 75-54 D.C. du 15 janvier 1975, Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse*, *supra* note 806, considérant 7.

⁸¹² Les *contrôles de légalité* des tribunaux au Canada et au Québec peuvent être restreints par des dispositions législatives. Ex : *Loi sur la qualité de l’environnement*, *supra* note 760, art. 31.7.4. Cependant, aucune clause législative ne peut venir empêcher la Cour supérieure d’intervenir sur des questions de natures constitutionnelle. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 1, para. 52(1).

⁸¹³ En partie, car comme nous l’avons démontré les juges ne peuvent, en principe, substituer leurs valeurs à celles du législateur.

ou non-réception des moyens soumis par l'autorité étatique pour justifier ses atteintes. Un contenu sur la base d'une conception qui a été (t), qui n'est finalement plus ..., sauf chez celui qui l'interprète à un instant (t+1) ou (t+2) pour prendre sa décision⁸¹⁴.

Ainsi, le juge, par le biais du *contrôle de proportionnalité*, porte un regard non seulement sur les caractéristiques de la mesure attentatoire mais également sur la conception de l'*intérêt général du public* devant primer au moment du prononcé de sa décision. Le présent tableau permet de comparer, les grilles d'analyse de la proportionnalité, respectivement dans le cadre du *contrôle de constitutionnalité* en France (droits et libertés fondamentales) et au Canada (en présence des *droits ancestraux*)⁸¹⁵ :

<u>Contrôle de la proportionnalité de l'atteinte :</u> Contrôler si l'atteinte se rattache rationnellement aux objectifs législatifs avancés dans l' <i>intérêt supérieur public / l'intérêt général</i>	CANADA	L'atteinte doit être : 1) nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ou réglementaire (lien rationnel); 2) appropriée (atteinte minimale); et 3) dont les effets préjudiciables sur « l'intérêt autochtone » ne doivent pas être supérieurs aux avantages découlant de l'objectif législatif (proportionnalité des effets) ⁸¹⁶ .
	FRANCE	L'atteinte doit être : 1) <i>a priori</i> , susceptible de permettre ou faciliter la réalisation de l'objectif législatif; 2) « ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation de l'objectif poursuivi » et 3) ne doit pas, par ses effets préjudiciables, « être hors de proportion » avec le résultat recherché (proportionnalité au sens strict) ⁸¹⁷ .

⁸¹⁴ Ici, nous faisons référence à l'Administration ou au pouvoir réglementaire lorsque nous parlons de l'instant (t+1), et au juge lorsque nous posons l'instant (t+2).

⁸¹⁵ Les contrôles de constitutionnalité sont convergents et attestent de l'interférence et les inspirations croisées, dans le temps, entre les ordres juridiques. Le droit allemand a fortement inspiré le droit européen et les cours constitutionnelles française et canadienne. Rhita Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », (2011) 88 : 4 *Revue française de droit constitutionnel* 913 (ci-après Bousta), pp. 913-930; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 2007, p. 112.

⁸¹⁶ Le test n'a pas été établi de cette manière dans l'arrêt *Sparrow* ni dans les décisions qui suivirent. Il faudra attendre l'arrêt *Tsilhqot'in* pour voir apparaître un tel cadre d'analyse de la proportionnalité. Le contrôle de l'obligation de consultation et d'accommodement se fait à une étape préalable tout en influençant la *pondération finale*. Par ailleurs, les éléments pris en compte dans la détermination de cette proportionnalité dépendent du type de droit en cause (droit de subsistance, droit avec une composante économique, titre ancestral) et des circonstances factuelles de chaque cas : voir *Chapitre 1, Partie 2, Section 2*.

⁸¹⁷ Conseil constitutionnel, *décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 sur la loi relative à la rétention de sûreté*, J.O. n° 48 du 26 février 2008.

Nous relevons, que même si le droit constitutionnel attribue à l'auteur de la règle la liberté de définir l'*intérêt général* ou l'*intérêt supérieur du public* à un moment « t » pour un espace donné ainsi que la liberté de poursuivre une finalité en ce sens, cette liberté se retrouve encadrée par une exigence de proportionnalité des effets de la mesure attentatoire. En France, cette exigence appelle à une conciliation par le législateur, qui apprécie l'« équilibre » entre la réalisation de l'objectif d'*intérêt général* et l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garanties⁸¹⁸. À ce titre, le Conseil constitutionnel contrôle le respect de cette exigence. Il lui est constamment reproché de ne pas réaliser un contrôle de *pondération raisonnable des intérêts*, mais de « plutôt veiller à ce que l'atteinte à la liberté [à un droit] soit compensée par une série de garanties »⁸¹⁹. En exigeant des garanties, le juge réalise par un « moyen détourné » un certain contrôle de la conciliation opérée par le législateur⁸²⁰. Sans en faire une démonstration claire, le Conseil recherche un « équilibre », dans une logique propre, entre les effets bénéfiques de la mesure législative pour l'intérêt général et ses effets préjudiciables sur les droits et libertés fondamentaux⁸²¹. Cependant, « force est de constater que le degré de contrôle exercé peut varier, à propos d'un même dispositif législatif, selon le contenu des dispositions contrôlées »⁸²².

Au Canada, le contrôle présente des attributs propres en présence de *droits ancestraux* tout en rejoignant le critère établi dans l'affaire *Oakes*⁸²³. La Cour suprême fait découler l'exigence de proportionnalité de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones⁸²⁴. Une proportionnalité qui est analysée à l'étape finale par la confrontation de

⁸¹⁸ Jacqueline de Guillenchmidt, « Le contrôle du principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », Bulletin n°9 – La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle, *Ve Conférence de Chefs d'institution de l'Association des Cours Constitutionnelles Francophones*, 2008, Libreville, Gabon (ci-après Guillenchmidt), pp. 27 et 28; Conseil constitutionnel, *décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003*, J.O. n° 66 du 19 mars 2003; Conseil constitutionnel, *décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010*, J.O. n° 175 du 31 juillet 2010, p. 14198.

⁸¹⁹ Bousta, *supra* note 815, p. 926.

⁸²⁰ Terme emprunté à Merland, *supra* note 42, p. 7.

⁸²¹ Dans le cadre de la *pondération finale*, il s'agit par exemple pour le Conseil constitutionnel d'évaluer l'équilibre du rapport entre l'atteinte aux droits et libertés (garanties suffisantes selon la gravité de l'atteinte) et l'objectif de prévention de la récidive (effets bénéfiques pour l'intérêt général). En rapprochant ce contrôle avec celui exercé par la Cour suprême, il est possible de déduire le contenu de cette étape du contrôle de proportionnalité approfondi réalisé par le Conseil constitutionnel. Voir par exemple Conseil constitutionnel, *décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008*, J.O. du 26 février 2008, p. 3272, texte n° 2, considérant 22; lire notamment Guillenchmidt, *supra* note 818, p. 32.

⁸²² Goesel-Le Bihan, *supra* note 594, p. 278.

⁸²³ *Oakes*, *supra* note 314.

⁸²⁴ Sparrow, *supra* note 14, p.1109; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 87.

la gravité des effets préjudiciables des mesures sur l'exercice des droits ancestraux par rapport aux avantages découlant de l'objectif législatif pour l'intérêt supérieur du public⁸²⁵.

Cela revient à apprécier les effets bénéfiques de la mesure sur le plan de cet *intérêt supérieur du public*. Un tel contrôle est toutefois limité par divers facteurs : la Cour suprême refuse d'accueillir la preuve d'existence d'autres mesures moins attentatoires comme seule raison d'inconstitutionnalité des mesures prises⁸²⁶ et module son contrôle de la conciliation opérée par l'État selon la gravité de l'atteinte⁸²⁷. Par ailleurs, la Cour ne se penche que sur les effets bénéfiques des mesures étatiques attentatoires au niveau de l'*intérêt supérieur du public*. Elle ne se penche nullement sur les effets bénéfiques de la non-atteinte des *droits ancestraux* sur le plan de l'*intérêt supérieur du public*. Or, cette dernière démarche permettrait, à notre sens, d'encadrer, d'une manière plus rationnelle, le pouvoir des acteurs étatiques au regard de l'*intérêt général du public*. Ce constat peut s'appliquer également au contrôle exercé en France. Nous étudierons plus en détail cette question dans les lignes qui suivront.

Section 2. Les limites de la rationalité juridictionnelle et son rôle dans la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones

Le fonctionnement des tribunaux n'est pas extérieur aux processus décisionnels humains. Les juges, pour dégager le contenu concret de l'*intérêt général* et de l'*intérêt supérieur du public* et réaliser un *contrôle de la proportionnalité*, ont recours à des indicateurs et variables⁸²⁸. Ces repères « fournis par les usages et les réglementations professionnelles et techniques »⁸²⁹, bien qu'ils soient utiles aux juges pour justifier leurs décisions d'une manière rationnelle, et aux autres interprètes pour justifier leurs finalités et moyens, présentent de nombreuses limites. (1)

⁸²⁵ Voir *Chapitre 1, Partie 2, Section 2*.

⁸²⁶ *Nikal*, *supra* note 304, para.110.

⁸²⁷ Le niveau de consultation et d'accommodelement exigé par la Cour suprême par exemple varie en fonction de la solidité de la revendication des *droits ancestraux* et de la gravité de l'effet préjudiciable éventuel sur les intérêts autochtones. *Nation haida*, *supra* note 225, para. 39; *Tsilhqot'in*, *supra* note 228, para. 87.

⁸²⁸ Nous nous positionnerons désormais sur trois terrains : 1) sciences économiques; 2) sciences mathématiques et 3) sciences sociales. Sur les deux premiers, il s'agira de se pencher sur les limites de la rationalité appliquée par les juges au vu des théories de prise de décision. Dès lors, les indicateurs et variables dont nous faisons référence ici sont ceux entrant dans la rationalité appliquée par les juges dans la prise de décision et dans la détermination des références. Nous n'étudierons pas tous les indicateurs pour une question de concision.

⁸²⁹ Trudel, *supra* note 799, p. 40.

Une fois ces limites mises en perspective avec tout ce qu'il a été posé précédemment dans les trois chapitres, le lien causal entre l'interprétation faite de l'*intérêt général*, l'*intérêt public* ou l'*intérêt supérieur du public* par les juridictions de droit public et la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones en Guyane et au Québec ressort d'une manière à conforter notre hypothèse. Il ressort également que la conception de ces notions qui primera devant le juge demeure substantiellement entre des mains invisibles et aveugles (superposition d'agents décisionnels opérant individuellement et/ou collectivement et ne disposant que d'informations limitées)⁸³⁰. Or, une répartition rationnelle des ressources rares et épuisables commande, non seulement de se pencher sur les objectifs et moyens étatiques, mais de chercher également la source réelle du pouvoir commandant à un moment (t) la mesure attentatoire et sa légitimité à défendre l'*intérêt général*. Sans une possibilité pour les peuples autochtones de remettre en cause, *à priori*, les dispositifs éthico-politiques entourant la prise de décision étatique, la situation coloniale ne fera que se perpétuer pour satisfaire une superposition d'intérêts particuliers (2).

⁸³⁰ Selon la fameuse théorie d'Adam Smith (la poursuite d'intérêts personnels contribue au bien commun) adaptée à la théorie de la rationalité limitée d'Herbert A. Simon (*infra* note 851). Expression empruntée à Bernad Biedermann, « La main invisible devient aveugle », Conjonctures et décisions, Macroéconomie Mondialisation, Progrès technique innovation et sciences-humaines, octobre 2019, en ligne : <http://www.theoreco.com/macroéconomie-mondialisation/la-main-invisible-devient-aveugle-611.html> (consulté le 2 août 2020).

1. Des limites de la rationalité juridictionnelle appliquée à la justification des objectifs et moyens

La Cour suprême permet de considérer le point de vue des peuples autochtones⁸³¹. Cependant, les référentiels qu'elle utilise, tels que *avantages*, *effets préjudiciables*, *suffisance*⁸³², et qui sont réappropriés par les juges provinciaux, peuvent être contraires à la vision des peuples autochtones concernés ou à la vision réelle de la société à laquelle se réfère un tribunal ou à la vision de ses agents les plus informés⁸³³. Cette situation se retrouve aussi en France, où le juge, dans le cadre d'un *contrôle de proportionnalité* (appliqué au *contrôle de légalité* et au *contrôle de constitutionnalité*), use de notions similaires⁸³⁴. Ces indicateurs ou variables sont révélateurs de la rationalité opérée autour de la notion d'*intérêt général* et d'*intérêt supérieur du public*, et qui présente, à nos yeux, plusieurs limites.

1.1. La limite fondamentale de la rationalité appliquée

Dans le cadre de la *pondération finale* que nous avons eu l'occasion de présenter, l'opération utilisée par les juges – et proposée par conséquent aux décisionnaires⁸³⁵ – voulant confronter les *bénéfices* et les *coûts*, repose sur une formule qui peut se solder par un résultat positif ou négatif. Au Canada, nous partons du principe que :

⁸³¹ Dans *Sparrow*, a été jugé qu'il était « crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause » : *Sparrow*, *supra* note 14, p. 1112. Dans *Van der peet*, la Cour a ajouté que « [l]es tribunaux appelés à statuer sur des revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien. » : *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 49.

⁸³² C'est le cas lorsque la Cour suprême contrôle si l'objectif est suffisamment important pour justifier une restriction aux *droits ancestraux* ou exige un degré suffisant de proportionnalité entre l'objectif législatif et les moyens utilisés pour l'atteindre. Dans cette seconde étape, elle parle de *coûts*, *bénéfices*, *effets négatifs* ou *préjudiciables*. Voir *Chapitre 1, Partie 2, Sections 1 et 2*.

⁸³³ L'*avantage* (effet positif) ou le *coût* (effet négatif) sont des notions relatives. Ce que le juge, le gouvernement ou la majorité parlementaire peut percevoir comme un avantage pour la société dans son ensemble, peut être perçu comme un coût par d'autres.

⁸³⁴ Lorsque le Conseil constitutionnel fait référence à des motifs d'*intérêt général* « suffisant », ou de « suffisance » des garanties légales. Voir par exemple Conseil constitutionnel, *décision n° 2007-550 D.C. du 27 février 2007*, J.O. n° 56 du 7 mars 2007, texte n° 21.

⁸³⁵ Les agents décisionnaires sont appelés à appliquer le même raisonnement que la Cour suprême s'ils souhaitent satisfaire au *test de justification* établi et ne pas voir leurs décisions remises en cause.

- **X = l'intérêt supérieur du public**
- **Y = les intérêts communs d'un groupe autochtone identifié⁸³⁶**
- **Z = les intérêts des autres composantes de la société**

Puisque la Cour suprême considère que les peuples autochtones appartiennent à la société canadienne⁸³⁷, et qu'elle avance que l'*intérêt supérieur du public* est celui de la société canadienne dans son ensemble⁸³⁸, nous considérons que : **X = Z + Y**

La formule choisie par la Cour suprême pour le contrôle de la proportionnalité des effets de la mesure dans le cadre des *droits ancestraux* serait alors la suivante :

$$\begin{aligned}
 & \text{Bénéfices (X) - Coûts (Y)} = \text{Résultat} \\
 \Leftrightarrow & \text{Bénéfices (Z+Y) - Coûts (Y)} = \text{Résultat} \\
 \Leftrightarrow & \boxed{\text{Bénéfices (Z) + Bénéfices (Y) - Coûts (Y)} = \text{Résultat}}
 \end{aligned}$$

Si **Résultat** positif = l'atteinte sera considérée comme justifiée

Le juge ne tranche ici que les coûts de Y. Cette situation augmente les chances d'arriver à un résultat positif et, par conséquent, de permettre une justification aisée des atteintes une fois les autres exigences du *test de justification* satisfaits⁸⁴⁰. Cette rationalité ne peut être commune aux acteurs du droit puisqu'elle présente une limite fondamentale au niveau de la formulation, avant même de devoir s'intéresser au contenu des variables *bénéfices* et *coûts*. Le même reproche pourrait être adressé au Conseil constitutionnel lorsqu'il contrôle dans quelle mesure l'objectif d'*intérêt général* poursuivi par le législateur justifie les moyens de l'atteinte. Bien qu'il soit difficile de retracer une certaine continuité dans son contrôle, nous remarquons que les variables qu'il mobilise représentent les mêmes limites qu'au Canada. La logique appliquée par le Conseil constitutionnel pourrait paraître plus complexe, puisque, dans le cadre de la *pondération finale*, elle fait entrer des variables

⁸³⁶ La Cour suprême considère dans le cadre d'un litige que les *droits ancestraux* du groupe autochtone qui en revendique le respect, représentent des intérêts communs à ce groupe : *Powley*, *supra* note 247, para. 37; *Manitoba Metis Federation Inc.*, *supra* note 282, para. 53.

⁸³⁷ *Adams*, *supra* note 16, para. 58; *Gladstone*, *supra* note 15, para. 74; *Delgamuukw*, *supra* note 14, para. 161.

⁸³⁸ *Van der Peet*, *supra* note 12, p. 40.

⁸³⁹ Ce signe renvoie à « équivalent ».

⁸⁴⁰ Toutefois, il faudra satisfaire aux autres étapes de justification.

interdépendantes que sont l'*importance* des garanties accordées et la *gravité* de l'atteinte⁸⁴¹. En réalité, la Cour suprême intègre également ces variables dans sa prise de décision, qui se retrouvent à d'autres étapes du contrôle, pour juger du respect de l'obligation de consultation et d'accommodement et du caractère raisonnable. La formulation réelle de la rationalité appliquée est donc plus complexe que celle présentée ci-haut lorsqu'il s'agit d'ajouter l'état variable de ce que représenteraient les *coûts* et les *bénéfices*. Dans notre humble position de juriste, nous estimons ne pas être outillés pour présenter une formulation mathématique plus précise. Nous n'avons cherché qu'à présenter une limite fondamentale de formulation qui demeurera présente dans tous les cas.

Une démonstration relativement similaire peut être réalisée dans le cadre du *contrôle des coûts et avantages* opéré lors du *contrôle* des actes administratifs. Mais pour une question de concision, nous nous arrêtons au *contrôle de constitutionnalité*.

1.2. De certaines limites conceptuelles de la rationalité appliquée

Outre sur le terrain de la formulation de la *pondération finale*, la rationalité appliquée par le juge peut être remise en cause sur un autre terrain, celui de la définition des intérêts en jeu. Que nous soyons dans le cadre du *contrôle de légalité* ou du *contrôle de constitutionnalité*, l'interconnexion des intérêts rend stérile toute entreprise de délimitation entre des intérêts dit privés et les autres intérêts qui ne le seraient pas. Pourtant la recherche de la conciliation demandée au législateur et au pouvoir réglementaire, présuppose une certaine délimitation préalable des intérêts. Celle qui ressort de l'analyse empirique des décisions judiciaire est la suivante : [intérêts particuliers/ intérêts communs]; [intérêts individuels/ intérêts collectifs]; [intérêts privés/ intérêts publics]⁸⁴².

Dans la conception holistique⁸⁴³, toute notre existence se façonne dans un cadre relationnel en perpétuel mouvement. Avancer que l'État pourrait prendre une décision sur la base d'un **intérêt commun** (*intérêt général* de la Nation française ou de la Société

⁸⁴¹ Voir *supra* notes 819, 820 et 821.

⁸⁴² Ce sont les catégories qui semblent naturellement ressortir de l'analyse empirique des décisions parcourues.

⁸⁴³ Conception selon laquelle les phénomènes doivent être considérés comme un ensemble solidaire, un tout. Elle s'oppose à une vision atomistique.

canadienne)⁸⁴⁴ surplombant tous les autres intérêts reviendrait alors à accepter d'office que cet intérêt intègre en lui-même une multitude d'**intérêts particuliers**, mouvants, qui tantôt se rejoignent, tantôt se séparent mais d'un point de vue étatique. Ces intérêts particuliers seront ensuite perçus comme **individuels, collectifs, privés ou publics** dépendamment des références utilisées ou acceptées par l'État (autoréférence)⁸⁴⁵. L'*intérêt supérieur du public* ou l'*intérêt général* serait alors, leur point de conjonction à un moment (t), après utilisation d'indicateurs du point de vue étatique permettant de les joindre ou de les séparer, au sein d'une structure imparfaite. *In fine*, l'*intérêt général* surplombe, au sein de la communauté (politique, sociale et économique) les intérêts particuliers tout en les incluant.

Nous relevons cet état de fait que nous soyons dans un système de *common law* ou de droit civil. Les juges français, à notre sens, intègrent une conception utilitariste depuis toujours sous le voile d'une conception strictement volontariste⁸⁴⁶. Les juges canadiens de leur côté intègrent la conception dite rousseauiste : il y aurait un *intérêt supérieur*, un *intérêt général* du public formé par l'addition des différents intérêts particuliers mais qui, intéressant toute la société pensée dans un cadre étatique, le « public », devient un *intérêt général du public* et justifie les prérogatives accordées à l'État.

Il est possible dès à présent de reprocher aux hautes juridictions, surtout françaises, de contribuer au maintien d'un système normatif ne permettant pas de prendre en compte de nouvelles références. L'« autoréférence imposée par le droit étatique renforce l'« étanchéité du droit »⁸⁴⁷ qui ne permet pas l'émergence de nouvelles catégories de référence.

1.3. Des limites théoriques de la rationalité appliquée

L'interprétation de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public* par les juges français et canadiens et le prononcé de leurs décisions sont construits autour des fins et des moyens. Cette méthode peut présenter des avantages pratiques de célérité à court terme mais,

⁸⁴⁴ Nous comprenons, à partir de l'analyse empirique des décisions, que l'*intérêt général* et l'*intérêt supérieur du public* (ou intérêt général de la société) seraient dans la catégorie : intérêts communs.

⁸⁴⁵ Sa définition semble se faire à partir du point de vue étatique, qui imposerait les valeurs d'une communauté d'interprétation (l'État soumis à des jeux de pouvoirs) comme étant une vision générale d'une communauté de citoyens.

⁸⁴⁶ « Aujourd'hui, il est acquis que des intérêts particuliers coïncident avec l'*intérêt général*. Ainsi, aider une entreprise à se développer peut être considéré comme un moyen de lutter contre le chômage : l'intérêt particulier de l'entreprise rejoint donc l'intérêt général de la société. » : Merland, *supra* note 42, p. 3.

⁸⁴⁷ Noreau, *supra* note 61, p. 199.

sur le moyen et long terme, peut s'avérer dommageable⁸⁴⁸. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'un groupe d'intérêts détient une place prépondérante dans le processus décisionnel au détriment des autres groupes et agents⁸⁴⁹. Il aura notamment tendance à inciter tous les autres agents à suivre ses conceptions, notamment de l'*utilité*, des *bénéfices*, des *coûts* et des *risques*⁸⁵⁰. Compte tenu de nos capacités cognitives limitées, cela amène d'autres groupes et agents économiques à en faire une vérité ou, à défaut, un outil pratique de rationalisation à une échelle collective ou individuelle surtout en situation d'incertitude⁸⁵¹.

Les agents agissent, décident en fonction de leurs intérêts. Lorsqu'ils prennent une décision d'une manière isolée, leur rationalité se fait davantage dans le risque et l'incertitude⁸⁵². Lorsqu'ils le font d'une manière collective, ou en interaction avec d'autres agents, « [l]a question de la rationalité se déplace [...] vers la convergence de normes comportementales et le pouvoir prédictif de la théorie microéconomique des jeux et des marchés »⁸⁵³. Ainsi, puisque la détermination d'une conception circonstancielle d'un *intérêt général* ou d'un *intérêt supérieur du public* fait entrer différents agents et groupes d'intérêts, ayant des pouvoirs différents et un comportement fluctuant, et que leurs décisions se prennent concurremment d'une manière isolée, en groupe, ou en interaction avec d'autres agents et

⁸⁴⁸ Apprécier l'*intérêt général* ou l'*intérêt supérieur du public* lui-même, en dehors des objectifs et moyens mis en œuvre par les autorités étatiques, paraît plus approprié dans une société où la majorité élue peut défendre des intérêts qui ne servent pas réellement la société dans son ensemble telle que cette dernière le souhaiterait.

⁸⁴⁹ Le groupe d'intérêts est vu ici d'une manière large, en tant qu'entité représentant les intérêts communs d'agents dans un espace public donné. Il n'appartient pas forcément à la société ou à la communauté pensée dans le cadre étatique (Société canadienne ou Nation française). Ce groupe agit, cherche à influencer les pouvoirs politiques, les autres groupes, les agents pris isolément et l'opinion publique, plus généralement. Pour une lecture pratique des différentes conceptions politiques de « groupe d'intérêts » : Sabine Saurugger, « Groupe d'intérêt », dans Laurie Boussaguet et al. (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques. 3^e édition actualisée et augmentée*, Presses de Sciences Po, Paris, 2010, pp. 309-316.

⁸⁵⁰ Comme nous le rapporte P. Noreau, les philosophes du droit moderne ont vu dans le droit « l'expression » de standards sociaux « que l'on suppose toujours débattus et adoptés alors que la plupart des standards comportementaux sont plutôt établis au coup par coup », p. 205. Le droit étatique qui est devenu en lui-même « un mécanisme objectivant, un principe de reconnaissance » (p. 209) bénéficiant d'une légitimité sociale, impose ses références, subjectivement établies au coup par coup, dans un cadre institutionnel. Ces références peuvent être l'œuvre d'un ou plusieurs groupes d'intérêts mais s'imposer à toute la communauté politique, sociale et économique (Société canadienne ou Nation française) en tant que références objectives, voir Noreau, *supra* note 61, pp. 195-214.

⁸⁵¹ Sur la théorie de la rationalité limitée : Catherine Quinet, « Herbert Simon et la rationalité », (1994) 9 :1 *Revue française d'économie* 133; Isabelle Vandangeon-Derumez, « XIX. Herbert A. Simon – Les limites de la rationalité : contraintes et défis », dans Sandra Charreire Petit éd., *Les Grands Auteurs en Management*, EMS Éditions, coll. « Grands Auteurs », Caen, 2017, pp. 296-313; Scott L. Andresen, Philippe Mongin, « Simon, Stigler et les théories de la rationalité limitée », (1986) 25 :3 *Social Science Information* 555.

⁸⁵² Voir Laurent Denant-Boemont et Olivier L'Haridon, « La rationalité à l'épreuve de l'économie comportementale », (2013) 18 : 2 *Revue française d'économie* 35 (ci-après Denant-Boemont et L'Haridon).

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 37.

groupes, on s'attendrait à ce que le juge, en tant qu'interprète ultime, fasse référence de cette réalité dans ses contrôles en exigeant une démonstration très minutieuse de l'équilibre entre les pouvoirs politiques, économiques et sociaux dans le choix de telle ou telle mesure attentatoire. Or, jusqu'à aujourd'hui, une présomption de validité des actions étatiques (législatives, règlementaires ou administratives) – donc une présomption de validité de ses objectifs et moyens dans l'*intérêt général* ou *public* – demeure existante dans les deux ordres juridiques étatiques étudiés⁸⁵⁴. Une présomption qui trouve sa justification dans le principe démocratique, voulant que les institutions parlementaires et gouvernementales représentant la majorité électorale agissent dans l'*intérêt général* ou l'*intérêt public*⁸⁵⁵. Au Canada et au Québec, le juge, se voit même contraint de privilégier, entre deux interprétations possibles, celle qui n'invaliderait pas la loi⁸⁵⁶ :

La présomption que l'intérêt public demande l'application de la loi joue un grand rôle. Les tribunaux n'ordonneront pas à la légère que les lois que le Parlement ou une législature a dûment adoptées pour le bien du public soient inopérantes avant d'avoir fait l'objet d'un examen constitutionnel complet qui se révèle toujours complexe et difficile. Il s'ensuit que les injonctions interlocutoires interdisant l'application d'une mesure législative dont on conteste la constitutionnalité ne seront délivrées que dans les cas manifestes.⁸⁵⁷

Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1010; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66.⁸⁵⁸

Dans son analyse de l'*intérêt public* en présence de droits garantis par la *Charte*, C. Feasby apporte une analyse critique très intéressante sur cet état du droit. Si nous appliquons

⁸⁵⁴ Au Canada et au Québec, les lois, règlements et actes administratifs jouissent d'une *présomption de validité*. *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, para. 81; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45 (ci-après *Sharpe*), par. 33; *Hak c. Procureure Générale du Québec*, 2019 Q.C.C.A. 2145. En France, les A.A.U. jouissent également d'une *présomption de légalité* au moment où les lois profitent d'une *présomption de constitutionnalité*. Conseil d'État, ass., 30 mai 1913, *Prefet de l'Eure*, Lebon, p. 583; Conseil constitutionnel, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, *supra* note 591. Ces présomptions ne sont pas irréfragables.

⁸⁵⁵ Cette présomption est liée au Canada à la notion d'*intérêt public* dans les décisions de principe.

⁸⁵⁶ *Mckay c. La Reine*, [1965] R.C.S. 798, p. 803; *Sharpe*, voir *ibid.*, para. 33; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, para. 33.

⁸⁵⁷ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 764, para. 9.

⁸⁵⁸ *Sharpe*, *supra* note 855, para. 33.

sa conclusion aux *droits ancestraux* qui sont soumis à un *test de justification* des atteintes semblable à celui opéré dans le cadre de la *Charte*, cela amènerait à reformuler sa critique afin d'intégrer certaines positions de la Cour suprême en faveur des intérêts autochtones :

L'objectif central du [para. 35 (1)] est de protéger [les peuples autochtones] de l'oppression de la majorité. Accorder un aussi grand poids à la conception majoritaire de [l'intérêt supérieur du public (et non l'intérêt public)] dans le cadre des injonctions interlocutoires porte atteinte au para. 35 (1).⁸⁵⁹

Considérant effectivement qu'« il est possible qu'une injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte des intérêts autochtones avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci »⁸⁶⁰, la Cour suprême a considéré comme nécessaire d'« aller plus loin et décider si les rapports particuliers avec la Couronne [...] font naître une obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder »⁸⁶¹. Toutefois, il est triste de lire dans la jurisprudence, que : « [b]ien que l'obligation de consulter ait été reconnue dans divers contextes, il a été jugé que la conduite de la Couronne suffisante pour déclencher cette obligation englobe uniquement les actes accomplis par l'exécutif, ou en son nom »⁸⁶². La Cour refuse que l'élaboration d'une mesure législative, même par des ministres, puisse déclencher cette obligation : « aucun aspect du processus législatif — du stade de l'élaboration jusqu'à la promulgation — ne déclenche l'obligation de consulter »⁸⁶³. Il est en effet permis de penser qu'une telle participation au processus législatif aurait pu contribuer à définir l'*intérêt général* d'une manière à englober les intérêts autochtones. Le juge français est encore plus loin de cette dynamique, puisque sa reconnaissance des minorités est problématique et inadaptée à la réalité : il affirme plus fermement et paradoxalement la primauté de la l'État et l'unicité du peuple français⁸⁶⁴

⁸⁵⁹ Colin Feasby, « Charter Injunctions, Public Interest Presumption, and the Tyranny of the Majority », 29 : 1 *The Free Library* 21, p. 21.

⁸⁶⁰ *Nation haïda*, *supra* note 225, para. 14.

⁸⁶¹ *Ibid.*, para. 15.

⁸⁶² *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 R.C.S. 765.

⁸⁶³ *Ibid.*, para. 50

⁸⁶⁴ Voir notamment Anne Wyveldens, « La justice et la diversité culturelle : au pays des aveugles ? » dans Philippe Bezes, Michel Borgetto, Danièle Bourcier (Éd.), *Penser la science administrative dans la post-modernité, Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Lextenso, Paris, 2013, pp. 335-346.

1.4. D'une limite méthodologique de la rationalité appliquée

Dans le cadre des litiges portant sur des mesures attentatoires justifiées par un *intérêt général* ou un *intérêt supérieur du public*, le juge ne disposant pas, en principe, des moyens techniques lui permettant de passer en revue tous les *coûts et bénéfices* envisageables de toutes les options de mesures possibles, selon la représentation des expériences passées, actuelles et futures, et ne pouvant se fonder que sur des preuves imparfaites⁸⁶⁵, se suffit d'un « niveau minimum de satisfaction en s'arrêtant à la première solution qui y correspond. Il va donc adopter un comportement de satisfaction et non de maximisation, séquentiel et non synoptique »⁸⁶⁶. La solution qui paraîtra *satisfaisante* et non *optimale* à un moment (t) amorcera la prise de décision⁸⁶⁷. Elle sera forcément circonstancielle amenant à une interprétation mouvante de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public*. Le mécanisme utilisé par les juges attribue ainsi une valeur à l'*intérêt général* et à l'*intérêt supérieur du public* dans chaque litige afin de rendre son contenu acceptable⁸⁶⁸ sur la base de la satisfaction, le *suffisant*, le *raisonnable* mais non pas l'*optimal* à long terme. Les économistes relèvent ce mode opératoire chez les agents qui se concentrent davantage sur ce qu'ils doivent réaliser afin de diminuer le niveau de risque qu'ils perçoivent au niveau qui leur paraît adéquat⁸⁶⁹. Mais quels risques les hautes juridictions souhaitent-elles prévenir ? S'agirait-il d'un risque de « perturbation[s] grave[s] à l'ordre économique et politique »⁸⁷⁰ ?

⁸⁶⁵ Bien que le juge canadien puisse exiger que lui soient versées des preuves scientifiques ou sociales, si celles-ci ne s'avèrent pas être concluantes ou si elles sont indisponibles ou inapplicables, il reçoit une preuve fondée sur la raison ou la logique. Voir notamment : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Sharpe, supra note 855*; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 77; *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 16-19 et 29; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 143-144.

⁸⁶⁶ La citation est appliquée ici au juge en tant qu'agent. Véronique Chanut, Nathalie Guibert, Jacques Rojot et al., « Les limites de la rationalité limitée ? Un essai de réflexion en sciences de gestion », (2011) 48 : 8 *Management & Avenir* 97, p. 98.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ C'est un mécanisme bien connu dans la prise de décision se fondant sur la théorie de l'utilité espérée. Voir Daniel Bernoulli, « Exposé d'une théorie nouvelle sur l'évaluation du risque » (1738/1971, 19 : 3 *Revue de Statistiques Appliquée* 5).

⁸⁶⁹ Denant-Boemont et L'Haridon, *supra note 853*.

⁸⁷⁰ Otis, « L'évolution »), *supra note 135*, p. 79.

2. Une situation de dépossession continue pour la satisfaction d'intérêts particuliers

Comme nous l'avons démontré tout au long de notre mémoire, les dynamiques liées au territoire, tant au Québec qu'en France, s'inscrivent grandement autour des notions d'*intérêt public* et d'*intérêt général*. La mobilisation juridique de ces intérêts a largement contribué à légitimer rationnellement la dépossession territoriale des peuples autochtones à travers l'histoire. Ils ont justifié et justifient encore, dans chacun des ordres juridiques étatiques, le mode d'appropriation du territoire par l'État et le dépassement de son autorité et de sa volonté sur celles des composantes de la société vivant sur le même territoire⁸⁷¹. À cet égard, les pouvoirs législatifs, règlementaires et judiciaires dictent les modalités de gestion du territoire et fixent, dans l'esprit des gens, la primauté et le bien-fondé de leur autorité.

La souveraineté, pierre angulaire du droit international public et du droit constitutionnel, laisse ouverte la question des prérogatives accordées à l'État. La souveraineté strictement réservée à l'État⁸⁷², construite historiquement autour de la poursuite du *bien commun*, du *profit commun* ou de l'*utilité*⁸⁷³, ne peut permettre une réelle réconciliation des peuples autochtones avec une majorité électorale pensée dans le cadre d'une société canadienne sans une garantie ferme et inflexible d'un pouvoir décisionnel aussi important que celui des institutions étatiques. Cela *a priori* des atteintes à leurs droits territoriaux et en conformité avec leurs références. Par ailleurs, les limites relevées dans l'analyse de la rationalité appliquée par les juges, et plus généralement, par les institutions étatiques, au Canada, au Québec et en France ne permettent pas d'inclure d'une manière optimale les valeurs, objectifs et moyens des agents (sociaux/économiques) autochtones.

⁸⁷¹ Fondant son approche du lien social sur une perspective actionnaliste, le professeur F. Akindès estime qu'« il est évident que le dépassement psychique des solidarités primaires, qu'elles soient familiales, villageoises, ethniques ou communautaires, par la citoyenneté, ne peut être spontané. Il ne peut être que la résultante d'un contrat social autour d'un projet national admis par tous ou du moins par la majorité, que comme relevant d'un intérêt général appellant l'arbitrage de l'État en tant que garant des équilibres toujours instables. » : Francis Akindès, « Le lien social en question dans une Afrique noire en mutation », *Séminaire virtuel de philosophie du droit : la souveraineté nationale à l'heure de la mondialisation*, Chaire UNESCO d'études des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique, Université du Québec à Montréal, Montréal, 9 décembre 1999, en ligne : <https://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/SeminR/Akindes.html>.

⁸⁷² « L'État-nation n'est qu'un modèle d'institutionnalisation de [l']articulation [entre souveraineté et territoire]. » : Nicolas Barrevre et Geneviève Verdo, « Souveraineté et territoire: enjeux et perspectives », (2014) 69 : 2 *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 307, p. 307; voir également *supra* note 288.

⁸⁷³ Voir *Chapitre 3, Partie 1, Section 1*.

En Guyane, la situation se présente d'une manière plus critique, puisque les *droits d'usage collectifs* sont un dispositif d'exception, dont l'existence est consacrée à l'échelle réglementaire. Pourtant, en France, depuis 1789 « [c]e qui relève de l'exécutif ne s'apparente qu'à l'administration, c'est-à-dire à la gestion »⁸⁷⁴. Le législateur et l'administration française peuvent dès lors facilement porter atteinte à cette catégorie de droits puisqu'ils disposent d'un large pouvoir de modification de l'ordonnancement juridique sans contrainte constitutionnelle. La seule voie de recours dont semble disposer aujourd'hui les peuples autochtones de Guyane, dans le cadre du dispositif de *droits d'usage collectifs*, est la mobilisation de moyens juridiques communs aux litiges administratifs ou environnementaux⁸⁷⁵. Et même dans le cas où des droits constitutionnels seraient reconnus aux peuples autochtones de Guyane, il ressort de notre analyse que la liberté accordée au législateur par le Conseil constitutionnel dans la définition de l'*intérêt général* et dans l'application en Guyane de lois différentes de celles appliquées en Métropole, n'apportera pas forcément une meilleure protection contre l'appropriation exclusive par l'État français des territoires autochtones. À cet effet, sans une garantie ferme et inflexible d'un pouvoir décisionnel aussi important que celui des institutions étatiques, *a priori* des atteintes ou des restitutions des droits territoriaux selon le point de vue des peuples autochtones, la France même en adoptant le modèle canadien continuera à déposséder en toute impunité les peuples autochtones de leur territoire.

Le problème principal qui ressort de notre étude ne réside donc pas dans l'impossibilité de connaître le contenu de l'*intérêt général* ou de l'*intérêt supérieur du public*, avant de connaître son interprétation circonstancielle par un acteur (ex. : juge, législateur...) au moment de l'énoncé de son discours ou après analyse de ses actions. Il réside plutôt, et cela n'est pas une surprise pour les politologues, dans l'inégalité des pouvoirs entre les acteurs qui souhaitent tous imposer leurs visions. Une complexité qui ne peut demeurer en marge du droit, puisque des notions perçues comme philosophiques et politiques amènent à des décisions judiciaires circonstancielles, donc difficilement saisissables.

⁸⁷⁴ Michel Verpeaux, « Conclusion générale », dans Michel Verpeaux (dir.), *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, P.U.F., Paris, 1991, pp. 415.

⁸⁷⁵ Nous en avons fait une présentation non exhaustive au *Chapitre 2, Partie 2, Section 2*, à titre de démonstration seulement, puisque nous ne sommes pas intéressée au droit européen.

Par ailleurs la délimitation des catégories d'intérêts (général/particulier; public/privé; individuel/collectif) demeure relative. Ce qui est général, public, particulier, privé, dépend non seulement d'un espace-temps précis mais aussi de chaque personne prise isolément ou en interaction avec d'autres personnes ou groupe. Ainsi, dans l'esprit de chaque agent décisionnel (individu, groupe, administration en tant qu'institution etc.), ils peuvent tantôt se chevaucher ou s'intégrer, tantôt se dissocier, avec la possibilité de faire surplomber un intérêt selon l'intégration que fera cet individu du réel et de la vérité, selon la définition de ses objectifs et valeurs et selon les moyens disponibles à un moment (t). Ainsi, si, dans une perspective interne, chaque État poursuit un objectif qui serait un absolu s'imposant à tous selon la conception de l'*intérêt général* qui aurait primé dans la définition des objectifs et moyens, d'un point de vue externe, cependant, il existe différentes conceptions ou interprétations toutes aussi valables si nous leur laissons la possibilité de s'exprimer⁸⁷⁶.

Il est possible de conclure que les conceptions de l'*intérêt général* qui semblent primer sont celles qui permettent de continuer à suivre des théories et méthodes juridiques, politiques, économiques, sociales favorisant la continuation d'une structure institutionnelle étatique ayant démontré nombreuses failles. Dans une analyse plus globale (appliquée au Canada et à l'Australie) dépassant les seules notions d'*intérêts général* ou d'*intérêt supérieur du public*, S. Poirier fait état de cet héritage de la période coloniale :

Au Canada et en Australie, les discours et les pratiques politiques et juridiques qui sous-tendent les revendications territoriales et la reconnaissance des droits (ou titres) autochtones sur les territoires sont encore, à plusieurs égards, héritiers de ceux qui furent mis en place dès le début de la période coloniale et de l'hégémonie européenne. [...] Au Canada, comme en Australie, lorsque des groupes autochtones revendiquent des droits et des titres sur leurs territoires, non seulement le fardeau de la preuve leur revient entièrement, mais ils se heurtent aussi à des représentations essentialistes et figées de leurs cultures et à des systèmes politiques et juridiques passablement uniformes et homogènes.⁸⁷⁷

En décidant de poursuivre cet état de fait, l'appareil étatique perpétue la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones. Une dépossession qui n'est pas liée à

⁸⁷⁶ Une conclusion qui ressort également de l'analyse par C. Feasby de l'*intérêt public* dans le cadre d'injonctions demandées après une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 1 de la *Charte*. Voir Feasby, *supra* note 860, p. 7.

⁸⁷⁷ Sylvie Poirier, « Contemporanéités autochtones, territoires et (post)colonialisme : réflexions sur des exemples canadiens et australiens », (2000) 24 : 1 *Anthropologie et Sociétés* 137, p. 141.

l'hégémonie européenne ou à la supériorité d'un État ou d'une Nation sur un.e autre, mais plutôt sur la supériorité de certains intérêts particuliers détenant un avantage compétitif leur attribuant une position dominante, un pouvoir de persuasion, dans toutes les arènes décisionnelles⁸⁷⁸. Comme dans le cadre des marchés, une régulation plus stricte et adaptative s'impose pour remédier aux situations monopolistiques, car « [a]ujourd'hui, la loi apparaît comme un instrument au service du pouvoir, et non plus au service de la société »⁸⁷⁹.

En outre, alors qu'en France, il est proclamé que « la souveraineté nationale appartient au peuple », les manifestations d'hostilité du peuple ces dernières années aux mesures législatives et règlementaires impulsées par le gouvernement et les élus, que ça soit en Guyane⁸⁸⁰ ou en Métropole sont sévèrement réprimées par l'État. D'un point de vue politique, plusieurs y voient une forme d'absolutisme sous le voile d'un État de droit⁸⁸¹. À l'échelle juridique, ce constat se traduit dans les décisions de justice lorsque par exemple les juges refusent de recevoir l'hostilité des citoyens en tant que motif pouvant justifier le refus de délivrance d'un permis de recherches d'hydrocarbures liquides et gazeux:

D'une part, la sensibilité du public aux questions minières ou les manifestations d'hostilité que la prolongation du permis serait susceptible de susciter, ne sont pas au nombre des motifs légaux susceptibles de justifier un refus de prolongation au regard des dispositions précitées.⁸⁸²

⁸⁷⁸ « Les individus ne se sentent plus liés par un intérêt supérieur de nature à limiter leurs revendications ou leurs prérogatives, c'est à dire par l'intérêt général. C'est alors au juge que revient la mission de réguler au cas par cas les conflits d'intérêts selon les systèmes de références considérés comme socialement dominants, c'est à dire en fait ceux issus des groupes de pression les plus actifs. » [Nous soulignons.] : Bertrand Mathieu, *Présentation de la journée d'études*, Conseil constitutionnel, pp. 4-5 en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/mathieu.pdf.

⁸⁷⁹ Merland, *supra* note 42.

⁸⁸⁰ « Entre la justice et la défense de la souveraineté française on opte toujours pour la seconde. Qui s'en étonnerait à moins de condamner le principe même de la colonisation », Xavier Yacono, « La France et les Algériens musulmans », (1970) 493 *Revue historique* 121, p. 121.

⁸⁸¹ Une députée a reproché récemment au gouvernement français et à ses collègues qui le suivent d'être en guerre contre le peuple : « Je vais vous dire : vous êtes en guerre contre le peuple. Incapables de répondre à l'urgence sociale, écologique et sanitaire, vous faites porter aux policiers de ce pays le sale boulot de votre incompétence. Nous refusons votre autoritarisme. Nous refusons que vous fouliez aux pieds nos libertés [...] » Emmanuel Macron avait avancé quant à lui : « Ne parlez pas de répression ou de violences policières, ces mots sont inacceptables dans un État de droit. [...] Je refuse ce terme. » Voir ou lire le discours de Mathilde Panot à l'Assemblée nationale française le 17 novembre 2020, en ligne : <https://lafranceinsoumise.fr/2020/11/18/loi-securite-globale-vous-etes-en-guerre-contre-le-peuple/> (consulté le 20 novembre 2020).

⁸⁸² C.A.A. Bordeaux, 5ème ch. - formation à 3, 5 mas 2019, 17BX00023, 17BX00769, Inédit, Lebon.

Dans ces circonstances, comment les tribunaux peuvent-il encore justifier que l'État détienne une souveraineté exclusive au détriment des peuples autochtones alors que, d'un côté, l'*intérêt général* et l'*intérêt supérieur du public* entre les mains du gouvernement, de l'administration et d'une majorité parlementaire ne semble, au vue de notre analyse, ne pas aller dans le sens d'un ordre social venu du peuple, mais plutôt imposé par le haut et que, de l'autre, rien ne permet de justifier rationnellement que l'assise territoriale (domaine public/privé) continue d'être appropriée gratuitement par l'État ou la Couronne qui détient le dernier mot sur son mode d'exploitation et de gestion au détriment des peuples premiers. Alors que c'est aux peuples autochtones de décider du sort de leurs territoires ancestraux et à la « société canadienne » ou au « peuple français » de disposer, c'est le contraire qui s'opère. Le juge ne ferait, alors, par effet de système, que légitimer un modèle décisionnel qui a démontré ses limites et son inadéquation à une survie collective⁸⁸³. Il l'érige en l'équivalent d'un modèle démocratique, dans un État de droit⁸⁸⁴ et de respect des libertés tout en refusant de s'ingérer dans des questions philosophiques et politiques au nom d'un principe de séparation des pouvoirs qui n'a eu jamais de sens que dans la théorie⁸⁸⁵.

Conclusion

Ce mémoire avait pour ambition de démontrer que l'interprétation de l'*intérêt général* et le rôle qui lui est assigné par les hautes juridictions de droit public contribuent,

⁸⁸³ Nous avons démontré dans le *Chapitre 3, Partie 2*, que l'*intérêt général* ou l'*intérêt supérieur du public* sont des instruments de validation des valeurs poursuivis par l'État et de légitimation de ses objectifs et moyens et que le rôle qui leur est réservée par les juridictions constitutionnelles et administratives ne permet pas d'exprimer une rationalité suffisamment acceptable.

⁸⁸⁴ Nous avons fait mention de ce concept à trois reprises dans le présent mémoire, sans avoir souhaité s'y concentrer précisément. Les actions ont une valeur fondamentale dans notre esprit pour comprendre notre environnement. Les théories, discours et justifications ne présentent qu'un intérêt accessoire pour comprendre le raisonnement de ceux qui les créent ou l'appliquent. Ainsi, nous envoyons vers un texte intéressant sur la question de J. Chevallier pour plus de précisions. Jacques Chevallier, « La mondialisation de l'État de droit », dans Michel borgetto (coord.), *Mélanges Philippe Ardent, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 325-337.

⁸⁸⁵ En effet, d'un point de vue matériel, « [l]es Cours entrent inévitablement dans le domaine des questions relatives à la vie sociale et à la gestion de la cité : elles contribuent à en modeler les règles directrices, et parfois même les créent; s'il ne s'agit pas de politique au sens strict, on est tout de même dans le registre des principes auxquels les gouvernants doivent se conformer », et d'un point de vue organique, l'accès à la profession de juge dans les deux pays demeure problématique. Céline Wiener, « La justice constitutionnelle : entre droit et politique ? », dans *Penser la Science Administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, L.G.D.J., Paris, 2013, pp. 274-283. Concernant le Conseil d'État, lire notamment : Olivier Renaudie, « Le Conseil d'État et le fait parlementaire : plaidoyer pour une évolution », dans *Penser la Science Administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, L.G.D.J., Paris, 2013, pp. 297-309.

autant au Québec qu'en Guyane, à la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones et à la traduction des valeurs, moyens et objectifs des agents et groupes détenant un pouvoir de décision et des moyens de pression et d'information importants. En ce sens, il était souhaité dégager un certain parallélisme entre les deux ordres juridiques étatiques, nonobstant la dissemblance existante dans la réceptivité des exigences internationales en matière de droit des peuples autochtones et des systèmes autochtones préexistants. Se concentrer spécifiquement sur le droit interne nous paraissait primordial, puisque les États concernés n'intègrent pas ou n'intègrent qu'imparfaitement les exigences internationales ou régionales relatives aux droits des peuples autochtones⁸⁸⁶.

Il a fallu dans un premier temps présenter d'une manière fragmentaire et séparée les contextes historiques et institutionnels entourant l'occupation des territoires autochtones et l'affirmation des souverainetés française, britannique puis canadienne. Une mise en contexte dépassant la simple introduction nous a paru nécessaire afin que le lecteur puisse s'imprégner d'informations historiques et institutionnelles capitales entrant dans la construction du discours des juges relativement à *l'intérêt général*. Nous avons fait le choix de ne présenter les rapports historique et juridique à la notion d'*intérêt général qu'ultérieurement* dans le but de mettre en exergue la convergence du rôle assigné à cette notion dans la justification juridique et rationnelle de 1) l'étendue des pouvoirs politiques à la période précoloniale et 2) de la colonisation du Québec et de la Guyane à partir du XVI^e siècle. À partir de sources secondaires et primaires, nous avons relevé effectivement une relative convergence en Angleterre et en France entre les justifications publiques de la colonisation autour de *l'intérêt général* ou *l'intérêt public* et dans la légitimation des pouvoirs gouvernementaux et parlementaires. Il ressort, également, que les agents qui concourraient à la définition de cet intérêt furent, en premier lieu, les représentants parlementaires, les intellectuels, hommes d'affaires et les conseillers du roi. Leurs conceptions se liaient vraisemblablement à leurs intérêts particuliers en fonction de circonstances temporelles et spatiales et au sein d'un discours changeant au gré des orientations économiques, des conflits externes, des

⁸⁸⁶ Bien que ce discours ait été prononcé en 2007, nous constatons que la France et le Canada ne reçoivent depuis que partiellement les exigences du droit international, ce qui conforte la place centrale du droit interne, voir Sébastien Grammond, « Paul G. McHugh, Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status and Self-Determination, Oxford, Oxford University Press, 2004, 674 p., ISBN-019825248X », (2007) 37 R.G.D. 243, p. 248.

fluctuations sociales et des avancées techniques et intellectuels. Elles se mêlaient ensuite à celles des autres détenteurs de pouvoirs de décision (au niveau local, par exemple).

Dans un second temps, au moyen de l'analyse des discours des hautes juridictions de droit public et de la présentation de la législation en vigueur, il a été possible d'exposer, d'un côté, les dispositifs juridiques que sont les *droits ancestraux* et les *droits d'usage collectifs*, et de l'autre, la place de la notion d'*intérêt général* dans la justification de leur atteinte. La volonté première fut de préciser le régime juridique de chacune de ces catégories de droits et de faire apparaître les limites intrinsèques et extrinsèques dont elles sont greffées. Notre étude, qui s'ajoute à une doctrine abondante au Canada, et à une doctrine plus timide en France, a laissé entrevoir l'existence de multiples limites processuelles et substantielles qui rendent la reconnaissance ou la constatation de ces droits difficile pour les peuples autochtones avant même de se rendre à l'étape de la justification des atteintes. N'ayant pas souhaité présenter toutes les dimensions de la précarité entourant à la fois la reconnaissance des *droits ancestraux* et l'intégration des *droits d'usage collectifs*, nous avons fait état très sommairement de celles qui nous paraissaient les plus criantes. L'idée principale qui en sort est que, au Canada, les *droits ancestraux* sont définis par la Cour suprême selon des références, procédés et méthodes d'interprétation qui lui sont propres. La reconnaissance et la confirmation se réalise au cas par cas. Le fardeau de la preuve incombe aux peuples autochtones dépasse le « raisonnable », si nous pouvons nous permettre l'utilisation de ce critère dont fait abondamment référence la Cour suprême. Il existe un certain *essentialisme*, un *paternalisme* et par moment, un *écologisme* dans le discours de la Cour qui remet en cause toute volonté réelle de se dissocier d'un système de valeurs et d'un carcan conceptuel hérités de la période coloniale. En France, la procédure de constatation paraît plus simple en apparence puisqu'elle n'exige pas de recourir aux tribunaux. En réalité, elle marque un *paternalisme* certain, puisque les peuples autochtones doivent recevoir, avant d'exercer leurs droits préexistants sur le territoire, l'aval du représentant de l'État, l'avis du directeur régional des finances publiques, voire même l'avis des collectivités territoriales et de l'Office national des forêts. Elle dénote aussi par son plus grand autoritarisme dans le discours justifiant la primauté de l'État et cantonne, en théorie, les usages à des fins de subsistance. En Guyane, comme d'ailleurs au Québec, la situation particulière de chaque collectivité autochtone fait

que les réalités vécues diffèrent, mais sur la base de ces seuls exemples nous marquons l'importance des limites existantes avant même une atteinte étatique *a posteriori*.

Puisque le sujet principal de l'étude s'articulait autour de l'*intérêt général* à la suite de l'élaboration ou l'exécution d'une mesure étatique attentatoire aux droits existants (du point de vue étatique), il convenait de nous intéresser au discours des juges, tel qu'il se manifeste dans des cas concrets. Comme cela fut précisé, un parti fort a été pris à cette étape : celui de rechercher dans le discours des juges, et seulement des juges, les réponses à nos questions. D'abord, en matière de légitimation des objectifs législatifs et des moyens de l'administration poursuivant l'*intérêt général* (en France et en Guyane) ou en matière d'objectifs législatifs et règlementaires poursuivant la conciliation de l'occupation antérieure des peuples autochtones avec la souveraineté de la Couronne au niveau de l'*intérêt général supérieur* (au Canada et au Québec). Ensuite, en matière de *proportionnalité* des atteintes qui appelle, dans chacun des États, à un contrôle des moyens par le biais d'un *test de proportionnalité ou de pondération des avantages et des coûts*. Les décisions, jugements et arrêts sélectionnés ont mis en lumière la démarche suivie dans l'interprétation de l'*intérêt général*. Dans les deux États, l'*intérêt général* permet toutes à la fois de légitimer la finalité de la règle de droit et les moyens utilisés et de les sanctionner, en cas de litige, s'ils ne satisfont pas aux critères établis par les hautes juridictions. Or, la vision selon laquelle la loi est rattachée à la souveraineté ne paraît pas conforme à la réalité expérimentée, aux impératifs de compétitivité et de management, aux évolutions techniques et technologiques, aux mobilisations stratégiques des informations et aux pressions normatives et politiques internationales. Aussi, compte tenu de la précision de la norme à l'étape exécutoire, la définition de l'*intérêt général* se retrouve davantage aux mains de l'administration, alors même que le *contrôle de légalité* des A.A.U. sont plus ouverts à des interprétations factuelles. Le danger criant est une fragilisation encore plus importante des *droits ancestraux*, les rendant proches de la vulnérabilité du dispositif des *droits d'usage collectifs*, sans toutefois présenter le même degré de vulnérabilité.

Le juge détient un rôle malaisé dans cette saga. D'un côté, il refuse de substituer ses vision, valeur et opinion à ceux du législateur, du pouvoir réglementaire et de l'administration - certes à des degrés différents selon l'État en cause – et de l'autre, il s'accorde une marge de manœuvre interprétative et un pouvoir discrétionnaire processuel lui laissant une ouverture

pour ajouter sa propre conception de l'*intérêt général*. Il peut décider de ne pas se prononcer sur des moyens pourtant soulevés lors du litige, il peut décider de ne pas recevoir certaines preuves ou les interpréter selon son objectif, et ironiquement, il peut même avancer un abus de procédure dans l'*intérêt public* (Canada, Québec) ou *général* (France, Guyane). Ainsi, bien que plusieurs auteurs décrient l'imprécision de la notion d'*intérêt général*, il nous a paru possible de lui trouver un contour circonstanciel chez l'interprète ultime détenant un pouvoir de décision. Dans notre cas, cet interprète est le juge et la présentation que nous avons faite des diverses décisions ont fait ressortir, pour chaque catégorie de droits (*droits ancestraux* et *droits d'usage collectifs* et leurs sous-catégories lorsque existantes), une ou plusieurs orientations que peut prendre l'*intérêt général* (économique, socio-économique, mise en valeur des ressources naturelles, préservation de l'environnement, etc.).

Bien qu'il nous ait fallu prendre acte de l'inexistence d'une réponse ferme pour chaque situation, les actions passées des États et les décisions prises par les juges nous font pressentir une difficulté à venir pour les peuples autochtones. La grande technicité des lois internes et les textes régionaux ou internationaux est, depuis plusieurs années, en faveur de l'émergence d'objectifs législatifs étatiques regroupant plusieurs conceptions, paraissant fondamentalement contradictoires pour certains, et tout à fait conciliables pour d'autres. Il n'est pas rare de se confronter à un objectif de développement durable⁸⁸⁷ qui tout, en assumant une volonté de progrès (technique, etc.) nécessaire au bien-être de la société (social, économique etc.), avance dans son discours une volonté de transition énergétique (conservation). Il y a également les objectifs liés à l'eau : le législateur laisse apparaître un souhait de préserver la ressource, apporter de l'eau potable aux populations et l'exploiter en tant que ressource énergétique propre. Cette tendance généralisée, qui permet en même temps de satisfaire les nouvelles préoccupations sociétales et assurer une continuation d'un modèle de gouvernement, pose une problématique majeure. S'il n'est pas possible pour le justiciable de délimiter concrètement les répercussions d'un objectif avancé et si le législateur et les gouvernements ne sont pas tenus par un résultat concret, tout peut être avancé dans le discours et peut justifier rationnellement et juridiquement les actions étatiques sans

⁸⁸⁷ Nous n'avons pas souhaité nous attarder dans le cadre de notre étude à ce concept. Nous avons seulement posé différentes dispositions qui nous intéressaient au fur et à mesure, parmi lesquelles celles faisant référence au développement durable.

possibilité de réelle remise en cause. Une autorité qui dispose de la primauté de décision sur un territoire, dit domaine public ou privé, de plusieurs outils juridiques souples, d'un arsenal technique et d'instruments de gouvernance pointus, et qui connaît les contraintes punitives existantes, aura une connaissance des risques plus poussée et saura ajuster son discours devant chaque situation. Tout le danger pour les peuples autochtones existe à cette étape, à notre sens. À l'égard de cet écueil dressé devant ces derniers, notre travail cherchait à présenter aux lecteurs le risque de cette réalité normative en droit des peuples autochtones. Imposer aux juristes de demeurer dans le droit revient, paradoxalement, à exiger d'eux de rechercher la raison d'être de la norme. Car, comme nous le démontre la notion d'*intérêt général*, le juge, bouche ultime du droit étatique, applique lui-même une rationalité qui est en marge du droit. Le recours aux sciences économiques (se fondant elles-mêmes sur les sciences mathématiques) nous a permis de confirmer que le recours à l'*intérêt général* est un des mécanismes juridiques favorisant la continuation de la dépossession territoriale des peuples autochtones. La démonstration nous semble avoir été faite pour le Canada et pour la France. D'abord, dans la formulation de la *pondération finale* au niveau de l'*intérêt général*. Ensuite, dans la définition et la délimitation des intérêts en jeu (intérêt privé, intérêt public etc.) qui se fondent sur un mécanisme d'autoréférence renforçant l'*étanchéité du droit* et son inadaptation à la réalité vécue par le « peuple ». Finalement, dans la non prise en compte de la *rationalité limitée* des agents décisionnels et dans la vérification des objectifs et moyens étatiques en tant qu'objectifs poursuivis par l'ensemble de la communauté.

« Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester »⁸⁸⁸. Cette fameuse phrase du juge en chef Lamer manifeste une réalité qui semble bien présente dans l'esprit des résidents du territoire, pensés sous la forme d'une communauté politique, sociale et économique unifiée (société canadienne / peuple français). De l'existence de ces communautés unifiées au sens des constitutions étatiques, ressort une conception bien particulière de l'articulation des droits. Au Canada, la Cour justifie l'acceptation d'atteintes étatiques aux *droits ancestraux* sur la base de la conciliation de l'existence d'une telle communauté politique, sociale et économique (ou autrement dit de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne) avec les intérêts autochtones qui leur ont été reconnus et

⁸⁸⁸ *Delgamuukw*, supra note 15, para. 186.

confirmés en 1982 (occupation du territoire par les peuples autochtones). Cette démarche est révélatrice de la réticence étatique à reconnaître une compétence exclusive et souveraine autochtone sur les territoires et ressources. Par contre, elle confirme la volonté de continuer à confiner les revendications de souveraineté au sein d'un cadre constitutionnel étatique. En France, le lien entre *intérêt général* et souveraineté du peuple est omniprésente dans l'esprit des constitutionnalistes. Puisque c'est du peuple qu'émane la loi, celle-ci doit servir *l'intérêt général*. Or, ce peuple unifié au sein de la Nation française pensée dans une République est radicalement plus méfiant ces dernières années vis-à-vis de ses représentants. De surcroît, cette unification s'est imposée aux peuples autochtones de Guyane sans aucune protection constitutionnelle. Jusqu'ici, *l'intérêt général* en France a commandé, à ce que leur présence ancestrale et préexistante sur le territoire guyanais ainsi que les actes de dépossession et d'assimilation commis à leur encontre ne soient pas pris en compte en haut de la pyramide. *L'intérêt général* semble commander aujourd'hui la restitution de certaines terres. Une bonne nouvelle, dirons-nous, car le droit de propriété est protégé constitutionnellement. Toutefois, cela n'enlèvera en rien le contrôle du territoire par l'État, qui pourra toujours décider seul des projets sur un territoire usurpé, réaliser une expropriation pour cause d'*utilité publique*, imposer fiscalement les propriétaires et imposer, *in fine*, les valeurs et visions des agents ayant le plus contribué à l'émergence de la conception finale de *l'intérêt général* en métropole. Pourtant, les peuples autochtones représentent une minorité non seulement au sein de la Nation française, mais aussi dans le territoire guyanais lui-même. Compte tenu des projets que le législateur français a cru bon de développer en Guyane (hydrauliques, miniers, technologiques, spatiaux, recherches biologiques...), il serait temps, avant qu'il y ait une plus grande dépossession légalisée au sein de la forêt amazonienne –domaine privé des personnes publiques en droit français –, que les peuples autochtones décident et non seulement disposent et que leurs intérêts soient protégés adéquatement, c'est-à-dire par la voie du dispositif constitutionnel. Mais, il faut bien voir que la garantie constitutionnelle des droits territoriaux des peuples autochtones n'est pas une panacée. Comme l'illustre le cas canadien, cette protection n'est pas à l'abri des interprétations judiciaires autorisant les mesures législatives et gouvernementales attentatoires aux droits territoriaux – dès lors que ces mesures sont adoptées pour des objectifs et en ayant recours à des moyens qui correspondent à une certaine idée de *l'intérêt général*.

Table des jugements

Canada et Québec

Cour suprême du Canada

- Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567
Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 3
Bande indienne des Lax Ka'alaams c. Canada (Procureur général), [2011] 3 R.C.S. 535
Bande indienne Wewaykum c. Canada, [2002] 4 R.C.S. 245
Behn c. Moulton Contracting Ltd., [2013] R.C.S. 26
Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313
Canada c. JTI-Macdonald Corps., [2007] 2 R.C.S. 610
Carter c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 331
Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010
Guerin c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 335
Harper c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 827
Harper c. Canada (Procureur général), [2000] 2 R.C.S. 764
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1995] 3 R.C.S. 453
Lavoie c. Canada, [2002] 1 R.C.S. 769
Libman c. Québec (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 569
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général), [2013] 1 R.C.S. 623
Mckay c. La Reine, [1965] R.C.S. 798
Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil), [2018] 2 R.C.S. 765.
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-britannique, [2014] 2 R.C.S. 256
Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29
Produits Shell Canada c. Vancouver, [1994] 1 R.C.S. 231
R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075
R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101
R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771
R. c. Bernard, [2005] 2 R.C.S. 220
R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 29
R. c. Bryan, [2007] 1 R.C.S. 527
R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723
R. c. Kapp, [2008] 2 R.C.S. 483
R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456
R. c. Mitchell, [2001] 1 R.C.S. 911
R. c. Morales, [1992] 3 R.C.S. 711
R. c. Nikal, [1996] 1 R.C.S. 1013
R. c. Oakes, [1996] 1 R.C.S. 103
R. c. Powley [2003] 2 R.C.S. 207
R. c. Sappier; R. c. Gray, [2006] 2 R.C.S. 686
R. c. Sharpe, [2001] 1 R.C.S. 45
R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698
Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, [2010] 2 R.C.S. 650
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199
Roberts c. Canada, [1989] 1 R.C.S. 322

- Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121
Ross c. Conseil scolaire du district n°15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825
Siemens c. Manitoba (Procureur général), [2003] 1 R.C.S. 6
Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaannuat (Innus de Uashat et de ManiUtenam), 2020 CSC
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877
Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3

Tribunal canadien des droits de la personne

Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (pour le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 T.C.D.P. 2 (CanLII)

Cour d'appel du Québec

- Adams c. R.* [1993] R.J.Q. 1011 (Q.C.C.A.)
Bellefleur c. Québec (Procureur général), [1993] R.J.Q. 2320 (Q.C.C.A.)
Côté c. R. [1993] R.J.Q. 1350 (Q.C.C.A.)
Garderie Morin inc. c. Office des services de garde à l'enfance, [1993] R.J.Q. 729 (Q.C.C.A.)
Hak c. Procureure Générale du Québec, 2019 Q.C.C.A. 2145 (CanLII)
Office des services de garde à l'enfance c. Chouinard, 1991 Q.C.C.A. 3435 (CanLII)
Polson c. Québec (Procureur général), [2003] R.J.Q. 370 (Q.C.C.A.)
Québec (Procureur général) c. 2747-3174 Québec inc., 1994 Q.C.C.A. 6017 (CanLII)
Young c. Québec (Procureur général), [2003] R.J.Q. 395 (Q.C.C.A.)

Cour supérieure du Québec

- Albert Malouf, La Baie James indienne. Texte intégral du jugement du juge Albert Malouf. Présentation de André Gagnon*, Montréal, Les Éditions du Jour, 1973
Connolly c. Woolrich, (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (Q.C.C.S.)
Leclaire c. Agence du revenu du Québec, 2013 Q.C.C.S. 6083 (CanLII)
Québec (Procureur général) c. Mongrain [1999] R.J.Q. 2353 (Q.C.C.S.)
Québec (Procureur général) c. Young [1999] R.J.Q. 2404 (Q.C.C.S.)

France

Conseil constitutionnel

- Décision n° 75-54 D.C. du 15 janvier 1975, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671.
Décision n° 83-162 D.C. des 19 et 20 juillet 1983 D.C., J.O. du 22 juillet 1983 p. 2267.
Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, J.O. du 26 janvier 1985, p. 1137
Décision n° 87-232 D.C. du 7 janvier 1988 D.C., J.O. du 19 janvier 1988, p. 482
Décision n° 91-290 D.C. du 9 mai 1991 D.C., J.O. n° 111 du 14 mai 1991, p. 6350
Décision n° 93-322 D.C. du 28 juillet 1993 D.C., J.O. du 30 juillet 1993, p. 10750
Décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999 D.C., J.O. n° 139 du 18 juin 1999, p. 8964
Décision n° 2000-439 D.C. du 16 janvier 2001, J.O. du 18 janvier 2001, p. 931
Décision n° 2001-451 D.C. du 27 novembre 2001, J.O. du 1^{er} décembre 2001, p. 19112
Décision n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, J.O. du 18 janvier 2002, texte n° 3
Décision n° 2002-464 D.C. du 27 décembre 2002, J.O. du 31 décembre 2002, p. 22103
Décision n° 2003-480 D.C. du 31 juillet 2003, J.O. n° 177 du 2 août 2003, texte n° 11
Décision n° 2003-488 D.C. du 29 décembre 2003, J.O. n° 302 du 31 décembre 2003, texte n° 6
Décision n° 2004-509 D.C. du 13 janvier 2005, J.O. n° 15 du 19 janvier 2005, texte n° 62
Décision n° 2007-550 D.C. du 27 février 2007, J.O. n° 56 du 7 mars 2007, texte n° 21

Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, J.O. du 26 février 2008, p. 3272, texte n° 2
Décision n° 2011-192 Q.P.C. du 10 novembre 2011, J.O. n° 262 du 11 novembre 2011, texte n° 76
Décision n° 2012-283 Q.P.C. du 23 novembre 2012, J.O. n° 274 du 24 novembre 2012, texte n° 91
Décision n° 2013-346 Q.P.C. du 11 octobre 2013, J.O. n° 239 du 13 octobre 2013, texte n° 20
Décision n° 2014-394 Q.P.C. du 7 mai 2014, J.O. n° 108 du 10 mai 2014, texte n° 78
Décision n° 2019-823 Q.P.C. du 31 janvier 2020, J.O. n° 27 du 1^{er} février 2020, texte n° 100
Décision n° 2020-802 D.C. du 30 juillet 2020, J.O. n° 190 du 4 août 2020, texte n° 2

Conseil d'État

Conseil d'État, ass., 30 mai 1913, *Préset de l'Eure*, Lebon, p. 583
Conseil d'État, ass., 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, Lebon, p. 790
Conseil d'État, 4 juillet 1924, *Beagé*, Lebon, p. 641
Conseil d'État, ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Lebon, p. 110
Conseil d'État, ass., 23 octobre 1957, *Chailloux*, Lebon, p. 518
Conseil d'État, ass., 13 janvier 1971, *Geismar*, Lebon, p. 31
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, A.J.D.A. 1972, p. 227
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 8 février 1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, Lebon, p. 28
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 12 janvier 1994, *Esvan*, Lebon, p. 769
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 20 novembre 2000, *Commune de Guichen*, Lebon, p. 1281
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 7 février 2001, *Adam*, R.F.D.A. 2001, p. 531
Conseil d'État, ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, Lebon, p. 497
Conseil d'État, sect., 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, R.F.D.A. 2003, p. 240
Conseil d'État, sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, Lebon, p. 414
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 26 janvier 2007, *SAS Kaefer-Wanner*, Lebon, p. 24
Conseil d'État, sect. du contentieux, 6 mars 2009, *Coulibaly*, A.J.D.A. 2009, p. 455
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 17 mars 2010, *Alsace nature environnement*, 314114, Lebon
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 5 juillet 2010, *CCDI de l'Inde*, Lebon p. 238
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 26 novembre 2010, 331078, Lebon
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 14 octobre 2011, *Société Ocréal*, 323257, Lebon
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 12 avril 2012, n° 337528, Lebon
Conseil d'État, sous-sect. réunies, 6 décembre 2013, *Région Guyane*, 357249, Lebon
Conseil d'État, ch. réunies, 22 février 2017, n° 386325, Lebon
Conseil d'État, ch. réunies, 27 juin 2018, 419316, Inédit, Lebon
Conseil d'État, sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, A.J.D.A. 2019, p. 271
Conseil d'État, ch. réunies, 18 décembre 2019, 422271, Lebon

Cours administratives d'appel

C.A.A. Douai, 18 novembre 2003, *M. Pierru*, A.J.D.A. 2004, p. 1088
C.A.A. Lyon, 18 janvier 2011, 10LY00293, Lebon
C.A.A. Paris, 1^{ère} ch., 20 juin 2019, 17PA22220, 17PA22220, 17PA22221, 18PA21053, Inédit, Lebon
C.A.A. Bordeaux, 5^e ch. - formation à 3, 18 décembre 2018, n° 16BX01638, Lebon
C.A.A. Bordeaux, 5^e ch. - formation à 3, 5 mas 2019, 17BX00023, 17BX00769, Inédit, Lebon.

Table des législations

Canada - Québec

Textes constitutionnels

Acte constitutionnel de 1791, L.R.C. (1985), annexe II, n° 3

Acte d'Union de 1840, L.R.C. 1985, annexe II, n°4

Acte de Québec de 1774, L.R.C. (1985), app. II, n° 2

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11)

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

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1

Textes législatifs

Code civil du Québec, R.L.R.Q., c. CCQ-1991

Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés, R.L.R.Q., c. C-6.2

Loi ayant pour objet d'aider les anciens combattants à s'établir sur la terre, S.C. 1942-1943, c. 33

Loi concernant les terres réservées aux sauvages, S.C. 1922, c. 37

Loi modifiant la Loi des sauvages, S.C. 1919, c. 56

Loi modifiant la Loi sur les Sauvages, S.C. 1927, c. 32

Loi sur la commercialisation des produits marins, R.L.R.Q., c. C-32.1

Loi sur la conservation du patrimoine naturel, R.L.R.Q., c. C-61.0

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche; R.L.R.Q., c. M-35.1

Loi sur la qualité de l'environnement, R.L.R.Q., c. Q-2

Loi sur la Société du Plan Nord, R.L.R.Q., c. S-16.011

Loi sur les agronomes, R.L.R.Q., c. A-12

Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités, R.L.R.Q., c E-2.2

Loi sur les Indiens, S.C. 1951, c. 29

Loi sur les mines, R.L.R.Q., c. M - 13.1

Loi sur les mines, S.Q. 1965, c. 34

Loi sur les producteurs agricoles, R.L.R.Q., c. P-28

Loi sur les terres et forêts, S. R. 1964. c. 92

Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik, R.L.R.Q., c. V-6.1

Textes réglementaires

Acte pour l'établissement de la Compagnie des Cent-Associés pour le commerce du Canada contenant les articles accordés à ladite compagnie par M. le Cardinal de Richelieu, 29 avril 1627, Mémoires des commissaires du roi et de ceux de sa majesté britannique, Tome II, p. 46

Arrêté du Conseil privé divisant la province de Québec en provinces du Haut-Canada et du Bas-Canada du 19 août 1791

Lettres patentes accordées à Pierre du Gua de Monts en qualité de lieutenant général, 8 novembre 1603, FR ANOM COL C11A 1 F°58

Orientation et mesures du ministre de la Justice en matière d'affaires criminelles et pénales, c. M-19, r. 1

Règlement sur les quotas des producteurs de lait, R.L.R.Q., c. M-35.1, r. 208

Textes municipaux

Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec, R.L.R.Q., c. C-11

Autres textes (R.U.)

Charter of Company of Merchant Adventurers to New Land (1566)

Charter of Levant Company (1592)

Rotuli Parliamentorum, tome II, p. 138, 132, 160, 165, 201 dans *Parliament Rolls of Medieval England*, éd. C. Given-Wilson et al., Leicester, 2005

France - Guyane

Textes constitutionnels

Charte constitutionnelle du 14 août 1830, Bulletin des lois, n°5, 1830, p. 51

Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, Imprime royale, Paris, 1814, 11 p.

Constitution de la République française du 5 Fructidor an III (22 août 1795), version numérisée du site du Conseil constitutionnel, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-5-fructidor-an-iii>

Constitution du 4 octobre 1958, J.O. du 5 octobre 1958, p. 9151

Textes législatifs

Édit et ordonnance du Roy... contenant plusieurs articles sur le fait et administration de la justice ; avec l'arrêt de la cour de parlement de Rouen, donné, les chambres assemblées, sur la publication dudit édit. Le tout publié en ladite cour, le 30e jour d'aoust ensuyvant, Rouen, Martin Le Mégissier, 1567, 82 p.

Lettres patentes qui accordent à l'île de Cayenne et à la Guyane française la liberté de commerce avec toutes les nations pendant douze ans (n°64) 1er mai 1768, Archives nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/ka455ojijps, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/ka455ojijps.num=20.q=nations>

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République (1), J.O. du 24 juillet 2008, texte n° 2

Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (1), J.O. n°51 du 2 mars 2005, texte n° 2

Loi du 24 avril 1833 concernant le régime législatif des colonies (imprimé), Code de communication, Archives nationales d'outre-mer, 1 LEG 12

Loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer, J.O. du 28 mai 2009, texte n°1

Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, J.O. du 20 mars 1946, p. 2294

Loi n° 51-1098 du 14 septembre 1951 le département de la Guyane se compose de l'arrondissement de Cayenne et de l'arrondissement de l'Inini doté provisoirement d'un statut particulier précisé par la présente loi (organisation et régime municipal de l'arrondissement), J.O. du 18 septembre 1951, p. 9629

Loi n°2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer, J.O. du 14 décembre 2000, texte n° 1

Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, J.O. n°88 du 13 avril 2000, texte n°1 (version initiale)

Loi n°47-1327 du 18 juillet 1947, J.O. 1 du 19 juillet 1947, p. 6918

Lois municipales et économiques de Languedoc, Rigaud et Pons, Montpellier, 1780, tome 1, pp. VII-VIII
Sénatus-consulte du 3 mai 1854 qui règle la constitution des colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion (7 mai 1854), Bulletin des lois de l'Empire français, XI^e série, tome III, n° 166

Codes

- Code de l'environnement
- Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique
- Code de l'urbanisme
- Code des relations entre le public et l'administration (CRPA)
- Code du domaine de l'État
- Code général de la propriété des personnes publiques (GG3P)
- Code général des collectivités territoriales (CGCT)
- Code minier

Textes réglementaires

Annexe 1603 : Commission du Roy 1603. *Commission du Roy au sieur de Monts, pour l'habitation des terres de la Cadie, Canada et autres endroits en la Nouvelle-France* (8 novembre 1603). Dans Marc Lescarbot, *Histoire de la Nouvelle-France*, Toronto, The Champlain Society, vol. II, 1911 p. 490-494

Décret du conseil colonial de la Guyane française du 24 avril 1834 sur les concessions, achats et ventes de terrains à la Guyane française, Bulletin officiel de la Guyane française Imprimerie du gouvernement, 1834, p. 168

Décret du conseil colonial de la Guyane française du 30 juin 1835 relatif à l'organisation municipale de la Guyane française, Bulletin officiel de la Guyane française, 1835, p. 97

Décret du 2 juin 1881 portant règlement d'administration publique sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, J.O. du 15 juin 1881, Bulletin officiel de la Guyane française, p. 917

Décret du 15 novembre 1898 concernant le domaine de l'État à la Guyane (pas de référence)

Décret du 11 décembre 1908 sur le domaine de l'État en Guyane française, J.O. du 22 décembre 1908

Décret du 6 juin 1930 instituant le territoire de l'Inini, J.O. -

Décret n° 46-80 du 16 janvier 1946 relatif à la reconnaissance des terrains domaniaux en Guyane française, J.O. du 9 février 1946, p. 10

Décret n° 47-1018 du 7 juin 1947 relatif à l'organisation départementale et à l'institution préfectorale dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion, J.O. du 8 juin 1947

Décret n° 48-557 du 30 mars 1948 relatif à l'introduction dans le département de la Guyane française de la législation et de la réglementation domaniale, J.O. du 31 mars 1948

Décret n° 48-2028 du 27 décembre 1948 portant réglementation des concessions domaniales en Guyane française, J.O. du 4 janvier 1949, p. 188

Décret n° 55-586 du 20 mai 1955 portant réforme du régime des substances minérales dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, J.O. du 21 mai 1955

Décret n° 56-1039 du 5 octobre 1956 fixant les conditions d'application du décret n° 55-586 du 20 mai 1955, J.O. du 17 octobre 1956

Décret n° 60-407 du 26 avril 1960 relatif à la déconcentration administrative et aux pouvoirs des préfets dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, J.O. du 29 avril 1960, p. 3945

Décret n° 62-300 du 14 mars 1962 portant codification et modification des décrets applicables au domaine de l'État, J.O. du 18 mars 1962

Décret n° 64-250 du 14 mars 1964 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation des services de l'État dans les départements et à la déconcentration administrative, J.O. du 20 mars 1964, p. 2588

Décret n° 69-261 du 17 mars 1969 portant réorganisation administrative du département de la Guyane, J.O. du 26 mars 1969

Décret n°87-267 du 14 avril 1987 modifiant le code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux, J.O du 16 avril 1987, p. 4316

Décret n°88-199 du 29 février 1988 relatif au titres de préfet et de sous-préfet, J.O. du 2 mars 1988

Décret n° 2007-266 du 27 février 2007 créant le parc national dénommé " Parc amazonien de Guyane ", J.O. du 28 février 2007, texte n° 91

Décret n° 2011-2105 du 30 décembre 2011 portant approbation du schéma départemental d'orientation minière (SDOM) de la Guyane, J.O. n° 303 du 31 décembre 2011, texte n° 110

Ordonnance du roi portant création de quatre Régiments pour le Service des Colonies de l'Amérique (18 août 1772), Recueil d'édits, arrêts etc., Tome CXIV, p. 249

Ordonnance du roi concernant le gouvernement de la Guyane française (27 août 1828), Bulletin des lois n°261, 1828, p. 521.

Ordonnance n° 60-1101 du 15 octobre 1960 relative au rappel d'office par le ministre dont ils dépendent des fonctionnaires de l'État en service dans les départements d'outre-mer et dont le comportement est de nature à troubler l'ordre public, J.O. du 18 octobre 1960, p. 9483

Ordonnance n° 2011-91 du 20 janvier 2011 portant codification de la partie législative du code minier, J.O. n° 20 du 25 janvier 2011, p. 1467

Ordonnance n° 2020-745 du 17 juin 2020 relative à la rationalisation de la hiérarchie des normes applicable aux documents d'urbanisme, J.O. n° 149 du 18 juin 2020, texte n° 42

Règlement de M. D'ORVILLIERS, Gouverneur de Cayenne, du 22 Février 1722 Concernant les Indiens avec l'ordre du Roi en réponse, Code la Guyane Française, Tome 1, 1826, Imprimerie du Gouvernement, Archives départementales, n° 126, pp 353-356

Textes européens

D Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, J.O.C.E du 22 décembre 2000

Table des textes intergouvernementaux

Conventions et traités

Convention de la Baie-James et du Nord du Québec et conventions complémentaires, Québec, Publications du Québec, 2011

Traité provisionnel conclu à Lisbonne le 4 mars 1700, entre D. Pedro II, Roi de Portugal et des Algarves et Louis XIV, Roi de France et de Navarre. Traduction exacte et commentaires

Table des textes internationaux

Textes et documents d'organes internationaux

NATIONS-UNIES. Assemblée générale des Nations unies, *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*. Résolution adoptée le 13 septembre 2007, A/RES/61/295

NATIONS-UNIES. Comité des droits de l'homme, *Observations finales : Canada*, août 2015, CCPR/C/CAN/CO/6

NATIONS-UNIES. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales : Canada*, mars 2016, E/C.12/CAN/CO/6

NATIONS-UNIES. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : Canada*, septembre 2017, CERD/C/CAN/CO/21-23

NATIONS-UNIES. Conseil des droits de l'homme, *Rapport du rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya : la situation des peuples autochtones au Canada (additif)*, 21^e session, 2 juillet 2014, A/HRC/27/52/Add

NATIONS-UNIES. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : France*, juin 2015, CERD/C/FRA/CO/20-21

NATIONS-UNIES. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : France*, septembre 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19

NATIONS-UNIES. Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'experte indépendante sur les questions relatives aux minorités (additif) : mission en France (19-28 septembre 2007)*, 7^e session, 3 mars 2008, A/HRC/7/23/Add.2

Table de la doctrine

Monographies, ouvrages collectifs, articles de revue et études parues dans des ouvrages collectifs

A – J

- ANDRESEN S. L., MONGIN P., « Simon, Stigler et les théories de la rationalité limitée » (1986), 25(3) *Social Science Information* 555-606
- ARISS A., FRASER C., DIBA N. S., « Crown policies on the duty to consult and accommodate: towards reconciliation? » (2017) 13:1 R.D. McGill 5
- BANCEL N., BLANCHARD P., « Civiliser : l'invention de l'indigène », dans Sandrine Lemaine et Pascal Blanchard (dir.), *Culture coloniale (1871-1931)*, Paris, Autrement, 2003, pp. 149-161
- BARREVRE N., VERDO G., « Souveraineté et territoire : enjeux et perspectives » (2014) 69 : 2 *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 307-311
- BARTHÉLÉMY P., « L'enseignement dans l'Empire colonial français : une vieille histoire ? » (2010), 128 *Histoire de l'éducation* 5
- BARRAUD B., *La méthodologie juridique*, L'Harmattan, Paris, coll. « Logiques juridiques », 2016, 167
- BARRET S., GRÉVIN B., *Regalis excellentia, Les préambules des actes des rois de France au XIV^e siècle (1300-1380)*, Paris, Mémoires et documents de l'École des Chartes, n° 98, 2014, 909 p.
- BÉAL C. (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, Coll. « Textes clés de philosophie », 2015, 378 p.
- BEAULIEU A., « La création des réserves indiennes au Québec » (2013), dans Alain Beaulieu, Stephan Gervais et Martin Papillon, *Les Autochtones et le Québec. Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, P.U.M., pp. 135-149
- BEAULIEU A., « L'on n'a point d'ennemis plus grands que ces sauvages. L'alliance Franco-innu revisitée (1603-1653) », (2008) 61 : 3-4 R.H.A.F. 365-395
- BEERS QUINN D., « Sir Thomas Smith (1513-1577) and the Beginnings of English Colonial Theory » (1945), 89 : 4 *American Philosophical Society* 543-560
- BÉLY L., « Chapitre II. Une monarchie de droit divin, un roi sacré », Lucien Bély (dir.), *La France au XVII^e siècle. Puissance de l'État, contrôle de la société*, Paris, P.U.F., 2009, pp.-
- BERNOULLI D., « Exposé d'une théorie nouvelle sur l'évaluation du risque » (1738/1971), 19 : 3 *Revue de Statistiques Appliquée* 5-18
- BIEBER R., « La perception allemande de la notion de souveraineté » (2013), 368 : 2 *L'Europe en Formation* 61-7
- BINETTE A., « L'identité constitutionnelle autochtone » (2019), 109 : 8 *Action nationale* 84-118
- BISSETTE C.-A., *Un projet Mackau : tendant à violer la loi du 24 avril 1833 sur le régime législatif des colonies*, Paris, Dupont, 1844, 23 p.
- BLANCHARD P., « La Représentation de l'indigène dans les affiches de propagande coloniale : entre concept républicain, fiction phobique et discours racialisant » (2001), 30 *Hermès* 147-168
- BORROWS J., « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 R. du B. can. 15
- BORROWS J., « With or Without You: First Nations Law (in Canada) » (1996) 41 R.D. McGill 629
- BORROWS J., ROTMAN L. I., *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary*, 5^e éd., Ontario, Toronto, LexisNexis, 2018, 1125 p.
- BOUTMY E., *Le recrutement des administrateurs coloniaux*, Paris, Armand Colin, 1895, 127 p.

- BROCH J., « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français » (janvier/ mars 2017) 95 : 1 R.H.D.F.E. 59-86
- BROWN C. (dir.), *Histoire générale du Canada*, Montréal, Boréal, Édition française dirigée par Paul-André Linteau, 1990, 694 p.
- BRUN A., HARBOUR-MARSAN E., LASSERRE F., MOTTET E., « Le Plan Nord : enjeux géopolitiques actuels au regard des “Plans Nord” passés » (2017) 58 : 2 Rech. Sociogr. 297
- BRUN H., TREMBLAY G., *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L., 1972, 513 p.
- BRUN H., « Le territoire du Québec : à la jonction de l'histoire et du droit constitutionnel » (1992), 33 : 3 *Les Cahiers de droit* 665–961
- BUCKNER P. A., « Rébellion du Haut-Canada » (04 octobre 2019), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/rebellion-du-haut-canada> (consulté le 30 mai 2020)
- CALMONT A., « La forêt guyanaise, entre valorisation et protection des ressources écosystémiques » (septembre 2012) 14 VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement, Hors-série 14 à la sect. 2, en ligne : <https://journals.openedition.org/vertigo/12402> (consulté le 2 janvier 2020)
- CAPITANI A., « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? » (2005), 63 : 3 *Revue française de droit constitutionnel*, pp. 493-516
- CARMOUZE J.-P., LUCOTTE M., BOUDOU A. (éd.), *Le mercure en Amazonie: Rôle de l'homme et de l'environnement, risques sanitaires*, Paris, IRDV Éditions, coll. Expertise collégiale, 2001, 494 p.
- CELESTINE A., « La lutte des antillais pour l'égalité » (octobre 2007), La revue de Gisti, Plein droit n° 74, Outre-mer, terres d'exception, -p.
- CELLARD A., SOCIETE HISTORIQUE DU CANADA, *Punir, enfermer et réformer au Canada, de la Nouvelle-France à nos jours*, Ottawa, Société historique du Canada, 2000, 29 p.
- CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES CARAÏBÉENNES DE L'UNIVERSITÉ DES ANTILLES ET DE LA GUYANE, *Hommage à Jacques Adélaïde-Merlande*, Paris, Karthala, 2000, 325 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? » (février 2020), La Revue des droits de l'homme, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/8629> (consulté le 14 septembre 2020)
- CHAMPLAIN S. DE, *Des Sauvages*, 1603 (facsimilé 1978), copie de la John Carter Library, Brown University, Providence, introduction de Marcel Trudel, Montréal, Québec, 13 p.
- CHANUT V., GUIBERT N., ROJOT J. ET AL., « Les limites de la rationalité limitée ? Un essai de réflexion en sciences de gestion » (2011), 48 : 8 *Management & Avenir* 21 p.
- CHEVALLIER J., « L'intérêt général dans l'administration française » (1975) 41 : 4 R.I.S.A. 325
- CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général » dans C.U.R.A.P.P. (éd.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol 1, Paris, P.U.F., 1978, pp. 11-45
- CHEVALLIER J., « Le droit administratif, droit de privilège ? » (Septembre 1988), 46 *Pouvoirs* 57
- CHEVALLIER J., « Le Conseil d'État, au cœur de l'État » (2007), 123 : 4 *Pouvoirs* 5
- CHEVALLIER J., « La mondialisation de l'État de droit », dans *Mélanges Philippe Armand, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 325-337
- CHRÉTIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif*, 16^e éd, Paris, Sirey Université, 2018, 928 p.
- COLLOMB G., TIOUKA F., *Na'na Kali'na. Une histoire des Amérindiens Kali'na en Guyane*, Cayenne, Ibis Rouge Éditions, 2001, 148 p.
- COLLOMB G., MARTIJN VAN DEN BEL M. (éd.), *Entre deux mondes : Amérindiens et Européens sur les côtes de Guyane avant la colonie (1560-1627)*, Paris, Coll. « la Librairie des Cultures », n° 6, Éditions Comité des travaux historiques et scientifiques, 2014, 318 p.
- CÔTÉ P.-A., Centre de recherche en droit public et Université de Montréal, *Interprétation des lois*, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, 1984, 577 p.
- DALLOZ D., DALLOZ A., « Répertoire méthodologique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif et de droit des gens et de droit public » (1869), Paris, Vol. 34., 752 p.

- DAVY D. ET FILOCHE G. (COORD.), ARMANVILLE F. ET GUIGNIER A. (COLLAB.), *Zones de droits d'usage collectifs, concessions et cessions en Guyane française : bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, Observatoire Hommes/Milieux « Oyapock », 2014, 166 p.
- DAVY D., FILOCHE G., GUIGNIER A., ARMANVILLE F., « Le droit foncier chez les populations amérindiennes de Guyane française : entre acceptation et conflits » (2016), 26 A.F.H.J 223-236
- DASCHUK J., *La destruction des Indiens des Plaines. Maladies, famines organisées, disparition du mode de vie autochtone*, Québec, P.U.L., 2017, 400 p.
- DEFOORT B., « Définir la décision administrative dans le futur CRPA ? » (2015) 69 : 14 A.J.D.A. 81
- DELÂGE D., « La traite des pelleteries aux XVII^e et XVIII^e siècles » (2016), 70 *Les Cahiers des dix* 343–389
- DENANT-BOEMONT L. ET L'HARIDON O., « La rationalité à l'épreuve de l'économie comportementale » (2013), 18 : 2 *Revue française d'économie* 35-89
- DEVÈZE M., *Les Guyanes*, Paris, P.U.F., 1968, coll. « Que sais-je ? », n°1315, 128 p.
- DEVOLVÉ P., « La définition des actes administratifs » (2016) 1 R.F.D.A. 35
- DISLERE P., *Traité de législation coloniale*, Paris, P. Dupont, 1906, vol. 2, 1046 p.
- DISTEL M., « La législation particulière en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis » (Avril-juin 1979) 31 : 2 R.I.D.C. 339-380
- DONET-VINCENT D., « Les Bagne des Indochinois en Guyane (1931-1963) », *Criminocorpus* [En ligne], mis en ligne le 01 janvier 2006, en ligne : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/182> (consulté le 10 août 2020)
- DOUNOT C., « Le bien commun dans la législation royale (XIII^e-XVIII^e siècle) » (2017), Bulletin de Littérature CXVIII-4 :472 *Ecclesiastique* 99-114
- DRAGO G., « Conseil constitutionnel : une jurisprudence de seuil », dans Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Bordeaux, P.U.B., 2013, pp. 1013-1027
- DUPUIS R., « Les revendications territoriales des autochtones au Québec » (février 1995), Montréal, *Cahier du PÉQ*, 7 p.
- DUSSAULT R. et Erasmus G., *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996, 5 vol.
- DUMONT A., « Aptitude de la France à fournir des colons (suite et fin) » (2014), 41 Journal de la société statistique de Paris 80-86, en ligne : http://www.numdam.org/article/JSSFS_1900_41_80_0.pdf
- DWORKIN R., *L'empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994, 468 p.
- ELISABETH L., « Vichy aux Antilles et en Guyane : 1940-1943 » (1^{er} trim. 2004), 91 : 342-343 *Outre-Mers* 145-174
- FARGET D. et Fullum-Lavery M.-P., « La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décisions concernant le Plan Nord ou l'exploitation du Nord québécois : perspective juridique internet et internationale » (2014) 59 : 3 R.D. McGill 595-653
- FEASBY C., « Charter Injunctions, Public Interest Presumption, and the Tyranny of the Majority » (1^{er} Janvier 2020), 29 : 1 The Free Library 21-28
- FILOCHE G., DAVY D., GUIGNIER A. ET ARMANVILLE F., « La construction de l'État français en Guyane à l'épreuve de la mobilité des peuples amérindiens » (2007) 75 : 2 *Critiques internationales* 71-88
- FILOCHE G., « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo » (2011), 97-2 *Journal de la société des américanistes* 343-368
- FLETCHER C., « De la communauté du royaume au common weal. Les requêtes anglaises et leurs stratégies au xive siècle » (2010), 32 : 2 R.F.H.I.P. 359-372
- FORTIN G. L. ET FRENETTE J., « L'acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1853 » (1989), 19 : 1 R.A.Q 31-37
- FOISNEAU L., « Gouverner selon la volonté générale : la souveraineté selon Rousseau et les théories de la raison d'État » (2007), 83 : 4 *Les Études philosophiques* 463-479

- FOUCART T., « La définition contestable de l'intérêt général par le Conseil d'État » (10 octobre 2018), Contrepoints, en ligne : <https://www.contrepoints.org/2018/10/10/327228-la-definition-contestable-de-linteret-general-par-le-conseil-detat> (consulté le 19 novembre 2020)
- GARANT P., GARANT P. ET GARANT J., *Précis de droit des administrations publiques*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, Montréal, Canada, 2018, 530 p.
- GAUDREAU G., « Le rapport agriculture-Forêt au Québec : note historiographique » (1 juin 1979), 33 : 1 R.H.A.F. 67-78
- GAUTIER A., « Le long chemin vers l'égalité des droits sociaux pour tous les Français » (2014), 186 : 6 *Informations sociales* 68-77
- GAZIER F., « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 » (1951), 5 *Études et documents du Conseil d'État* 77-83
- GIRARD C., « Un document inédit sur les droits territoriaux. Le protêt logé par les Innus du comté Saguenay en 1851 » (janvier-mars 2003), Saguenay, 45 : 1 *Saguenayensia* 35-42
- GIRARD C. ET BRISSON C., *Nistassinan - Notre terre. Alliance et souveraineté partagée du peuple innu au Québec. Des premiers contacts à nos jours*, Québec, P.U.L., 2014 196 p.
- GIRARD C. ET BRISSON C., *Reconnaissance et exclusion des peuples autochtones au Québec. Du traité d'alliance de 1603 à nos jours Québec*, Québec, P.U.L., 2018, 278 p.
- GIRARD D., « Vouloir museler la presse d'opposition par la fiscalité constitue un détournement de pouvoir juridictionnellement sanctionnable, Note sous CE, 12 mai 2014, Fédération générale du commerce et autres, n° 370600, 370601, 370724, 371261 » (2014), *Revue générale du droit* [en ligne], n° 17897, en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17897
- GLENN P., *Legal Traditions of the Word: Sustainable Diversity of Law*, 4^e éd, Oxford - New-york, O.U.P., 2010, 456 p.
- GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel » (2014), 98 :2 R.F.D.C. 269-291
- GOHIN O., « Les outre-mers et le droit constitutionnel Français », dans Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton, *Itinéraires du droit et terres des hommes*, Paris, Mare & Martin, 2017, pp. 881-902
- GRAMMOND S., « Paul G. McHugh, Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status and Self-Determination, Oxford, Oxford University Press, 2004, 674 pages, ISBN-019825248X » (2007), 37 R.G.D. 243-249
- GRIFFITHS J., « What is Legal Pluralism » (1986) 18 : 24 *Journal of Legal Pluralism* 1
- GUENÉE B., *L'Occident aux xive et xve siècles. Les États*, 5^e éd., Paris, 1993, 338 p.
- GUESPIN L. « 1. Problématique des travaux sur le discours politique », dans Louis Guespin, Jean-Baptiste MARCELLESI, DENISE MALDIDIER ET DENIS SLATKA (DIR.), « Le discours politique » (1971), 23 *Langages* 3-24
- GUYON S, « Des « Primitifs » aux « Autochtones ». Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours » (2013), 2 : 91 *Genèses* 49-70
- HAMIDULLAH M., « L'Afrique découvre l'Amérique avant Christophe Colomb » (1958), 18-19 : 1 *Présence Africaine* 173-183
- HARLOW V. T., *The Founding of the Second British Empire, 1763-1793* (vol. 1) *Discovery and Revolution*, Londres, Longmans, 1952, 649 p. Truchet D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence*, Paris, L.G.D.J., 1977, 394 p.
- HENDERSON W. B. ET BELL C., « Droits des Autochtones au Canada » (11 décembre 2019), l'Encyclopédie Canadienne, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/droits-ancestraux> (consulté le 25 janvier 2020)
- HURAULT J.-M., « La population des Indiens de Guyane française I. Vue historique générale » (1965) 20 : 4 *Population* 603
- HURAULT J.-M., *Français et Indiens en Guyane*, Cayenne, Éditions Guyane Presse Diffusion, 1989, 224 p.
- HOGG P. W., *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborought, Carswell, 2007, 2 v.
- JACQUEMART S., *La question départementale outremer*, Paris, P.U.F., 1983, 262 p.

JACQUOT H., « L'intégration du commerce dans les PLU », dans Alioune Badara Fall (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton, Itinéraires du droit et terres des hommes*, Paris, Mare & Martin, 2017, pp. 979-994

JAENEN C. J., « Relations entre les Autochtones et les Français » (17 août 2015), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/relations-entre-les-autochtones-et-francais> (consulté le 30 juin 2020)

JOLIVET S. ET MALET-VIGNEAUX J., « La Charte de l'environnement devant les juges administratif et judiciaire (juillet 2018 – juin 2019) » (2019), 44 : 4 Revue juridique de l'environnement 807-819

K – T

KRYNEN J., *L'Empire du roi, Idées et croyances politiques en France, XIII^e - XVe siècle*, Paris, Gallimard, 1993, 556 p.

LABAREE L. W., *Royal Government in America. A Study of the British Colonial System before 1783*, New York, Frederick Ungar Publishing Co, 1958, 491 p.

LADEBAT P. DE, *Seuls les morts ne reviennent jamais. Les pionniers de la guillotine sèche en Guyane française sous le Directoire*, Nantes, Récit historique, Éditions Amalthée, 2007, 411 p.

LAJOIE A., « Synthèse introductory », dans André Lajoie, Jean-Maurice Brisson, Sylvio Normand et Alain Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvons Blais, Montréal, 1996, 303 p.

LAJOIE A. ET VERVILLE P., « Les traités d'alliance entre les français et les Premières Nations sous le régime français », dans André Lajoie, Jean-Maurice Brisson, Sylvio Normand et Alain Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvons Blais, 1996, pp. 143-217

LAWRENCE B., « Esclavage des Autochtones au Canada » (8 mai 2020), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/slavery-of-indigenous-people-in-canada> (consulté le 1er juin 2020)

LAVOIE M. ET VAUGEOIS D., *L'impasse Amérindienne. Trois commissions d'enquête à l'origine d'une politique de tutelle et d'assimilation, 1828-1858*, Québec, Septent, 2010, 498 p.

LECLAIR J. ET MORIN M., « Peuples autochtones et droit constitutionnel » (30 août 2007), Fascicule 15, P-415

LEBRETON G., *Droit administratif général*, Dalloz, 10^e édition, 2019, 611 p.

LINGIBE P., « Genèse de l'accès au droit en Guyane », dans Didier Peyrat et Marie-Alice Gougis-Chow Chine (dir.), *L'accès au droit en Guyane*, Cayenne, Ibis rouge, Petit Bourg, 1999, pp. 49-70

LOMBARD M., DUMONT G. ET SIRINELLI J., *Droits administratif*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2017, 670 p.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P. ET GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13^e éd, Paris, Dalloz, 2001, 930 p.

LYDIE CHOUCOUTOU L., « L'esclavage en Guyane, 1652-1848 » (2016), 26 :1 *Histoire de la justice* 29-40

MACEDO S., « Un universel très particulier : l'éducation autochtone chez les amérindiens wayapi au Brésil et en Guyane française » (2016), 15 Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs (mis en ligne le 10 mai 2016), en ligne : <http://journals.openedition.org/cres/2910> (consulté le 20 août 2020)

MAIREY A., « Les modèles royaux dans la poésie anglaise de la fin du Moyen Âge », dans Jean-Christophe Cassard, Elisabeth Gaucher, Jean Kerhervé (dir.), *Vérité poétique, Vérité politique. Mythes, modèles et idéologies politiques*. Actes du colloque de Brest, Brest, 22-24 septembre 2005, Éd. du CRBC, 2005, pp. 297-315

MAIREY A., « Qu'est-ce que le peuple ? Quelques réflexions sur la littérature politique anglaise à la fin du Moyen Âge » (automne 2009), 57 *Médiévales* 53-74

- MANVILLE M., « L'Ordonnance du 15 octobre 1960 sur le rappel d'office en Métropole des fonctionnaires des Départements d'Outre-Mer. Une résurrection du droit de bannissement » (mars-avril 1964), 189-190 *Le droit ouvrier* 27-30
- MARCHAND-THÉBAULT M.-L., « L'esclavage en Guyane française sous l'ancien régime » (1^{er} trim. 1960), 47 : 166 R.F.H.O.M. 5-75
- MARX K., *Introduction à la Critique de la philosophie du droit de Hegel, présentation et traduction d'E. Kouvelakis*, Paris, Ellipses, 2000, 64 p.
- MATHIEU B., *Présentation de la journée d'études*, Conseil constitutionnel, pp. 4-5 en ligne : Mathieu B., *Présentation de la journée d'études*, Conseil constitutionnel, 6 p., en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/mathieu.pdf
- MAURICE E., « Le préfet face aux enseignants autonomistes en Guyane de 1946 au tournant des années 1960. Une inédite rencontre administrative en contexte post-colonial » (2016), 116 :4 *Politix* 53-79
- MCNEIL K., « Defining Aboriginal Title in the 1990s » (12th Annual Robarts Lecture), Université de York, 25 mars 1998, 50 p.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 » (2012), 35-2 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 25-35
- MERLAND G., « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux? » (Juin 2004), 16 Cahiers du Conseil constitutionnel, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-interet-general-instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux>
- MERLE I., « De la “légalisation” de la violence en contexte colonial. Le régime de l’indigénat en question » (2004), 17 : 66 *Politix* 137-162
- MILLER J. R., « Relations entre les Autochtones et les Britanniques avant la Confédération » (26 mai 2015), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/relations-entre-les-autochtones-et-les-blancs>(consulté le 30 juin 2020)
- MINVILLE E., « La colonisation » (2 mai 1942), 18 : 2 *Actualité économique* 123-194
- MOCKLE D., « De quelques influences croisées dans l’élaboration de la théorie des actes administratifs », dans Sophie Lavallée et al., *Vastes Mondes : Études En L’honneur Du Professeur Denis Lemieux*, Montréal, Québec, Éditions Yvon Blais, 2018, pp. 245-298
- MORIN M., *L’usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l’Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997, 336 p.
- MORIN M., « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l’Amérique française du XVI^e et XVIII^e siècle », (2010) 12 R.G.D.I.P. 1-70
- MOROT-SIR M.-H., « Le Canada français de A à Z : au temps de la Nouvelle France », Saint-Denis, Publibook, 2016 438 p.
- MOTARD G., PICCOLI E. ET EBERHARD C. (DIR.), « Pluralismes juridiques et interculturalité » (2016) 40 : 2 *Anthropologie et Société* 9
- NAY O., *Histoire des idées politiques. La pensée politique occidentale de l’Antiquité à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2007, 592 p.
- NORMAND D., « Le commerce des bois d’Amérique tropicale », dans Yves Monnier et Alain Huetz de Lemps (dir.), « Les plantes américaines à la conquête du monde » (juillet-décembre 1992), 179-180 *Cahiers d’outre-mer* 249-261
- NÉRON A. « Rapport du Consul général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindiennes et bushinenge », dans Maude Elfort et Vincent Roux (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes : actes des Journées d’études de Cayenne des 10 et 11 mai 2012*, Centre de recherche sur les pouvoirs locaux dans la Caraïbe (Schoelcher, Martinique) et Institut de droit d’outre-mer (Aix-en-Provence, Bouches-du-Rhône), Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2013, pp. 25-42

- NOREAU P., « Comment la législation est-elle possible ? Objectivation et subjectivation du lien social » (2001) 47 R.D. McGill 195
- OLIVIER-MARTIN F., « L'absolutisme français [Les cours du droit, 1950-1951] », Paris, 1997, -p.
- ORRU J.-F., « L'activité aurifère dans la commune de Maripasoula, impact écologique et humain » dans Marie Fleury et Odile Poncy (dir.), « Conserver, gérer la biodiversité : quelle stratégie pour la Guyane ? » (1998), 40 :1-2 Journal d'agriculture traditionnelle et de botanique appliquée 147-166
- OTIS G., « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40 : 3 *Les Cahiers de droit* 591-620
- OTIS G., « L'évolution constitutionnelle de la relation entre le Québec et les peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », (2005) 23 : 3 *Cités* 71-87
- OTIS G., « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme : Le système de la Cour suprême » (2011) 41 : 1 R.A.Q. 115
- OTIS G., « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », dans Ghislain Otis G. (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, coll. « Les terrains du siècle », 2013, p. 101-134
- POSNER R., *How judges Think*, Cambridge-London, H.U.P., 2008, 387 p.
- POIRIER S., « Contemporanéités autochtones, territoires et (post)colonialisme : réflexions sur des exemples canadiens et australiens » (2000) 24 : 1 *Anthropologie et Sociétés* 137-153
- QUINET C., « Herbert Simon et la rationalité » (1994), 9 : 1 Revue française d'économie 133-181
- RENAUDIE O., « Le Conseil d'État et le fait parlementaire : plaidoyer pour une évolution », dans Philippe Bezes, Michel Borgetto, Danièle Bourcier (Éd.), *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur J. Chevallier*, L.G.D.J., Paris, 2013, pp. 297-309
- REYNAUD-PALIGOT C., « Usages coloniaux des représentations raciales (1880-1930) » (2006), 99 *Revue d'histoire critique* 103-110
- REYNAUD-PALIGOT C., « La politique indigène de la France », dans Henri Brenier, Léon Baréty, Edmond du Vivier de Strel et al., *La Politique coloniale de la France. Conférences organisées par la Société des anciens élèves et élèves de l'École coloniale*, Paris, Alcan, 1924, -p.
- REYNOLDS JAMES I., *Aboriginal Peoples and the Law: A Critical Introduction*, Vancouver, Colombie-Britannique, Purich Books, 2018, 281 p.
- RODIÈRE R., *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, 161 p.
- RODON T., *Les apories des politiques autochtones au Canada*, Québec, P.U.Q., coll. « politeia », n°10, 2019, 298 p.
- ROULAND N., « La tradition juridique française et la diversité culturelle » (1994) 27 D & R 381-419
- ROUSSEAU N., *L'Histoire criminelle des Anglo-Saxons*, St-Zénon, Québec Louise Couteau, 2008, 414 p.
- ROUSSET DE MISSY J., « Les intérêts présents de l'Europe fondés sur les traités conclus depuis la paix d'Utrecht inclusivement ... », La Haye, A.Moetjens, 1734, tome IV, -p.
- ROZA S., « Intérêt général, intérêt de classe, intérêt humain chez le jeune Marx » (2017), 17 Astérion [En ligne], (consulté le 10 septembre 2020)
- ROUSSEAU P., *Une justice coloniale. Le système juridique canadien et les Autochtones. Témoignage d'un procureur de la couronne dans l'Arctique canadien*, Québec, P.U.L., 2019, 259 p.
- SASSIER Y., « Bien commun et utilitas communis au XIIe siècle, un nouvel essor ? » (2010), 32 R.F.H.I.P. 245-258
- SAURUGGER S., « Groupe d'intérêt », dans Laurie Boussaguet et al. (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques. 3e édition actualisée et augmenté*, Presses de Sciences Po, 2010, pp. 309-316
- SEILLER B., *Droit Administratif*, 7^e éd., Paris, Flammarion, 2018, 384 p.
- SÈRE B., « Aristote et le bien commun au moyen âge : une histoire, une historiographie » (2010), 32 :2 R.F.H.I.P. 277-291

- SHORTT A. ET G. DOUGHTY A. (DIR.), « Egremont aux lords du commerce, Whitehall, 5 mai 1763 », *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, vol. 1, Ottawa, T. Mulvey, 1921
- SINCLAIR N. J. ET LAGACE N., « Livre blanc de 1969 » (24 septembre 2015), L'Encyclopédie Canadienne, Historica Canada, en ligne : <https://thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/livre-blanc-de-1969> (consulté le 5 mai 2020)
- SINGH R. J., « L'importance stratégique des colonies antillaises dans la politique française de l'après-guerre (1763-1770) » (juin 1974), 28 : 1 R.H.A.F 27-43
- SOCIÉTÉ STATISTIQUE DE PARIS, Journal de la Société de Statistique de Paris, Paris, 1899, vol. 40
- TAILLON P. ET BINETTE A., *L'unité juridictionnelle et ses conséquences sur les modalités du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada*, Aix-Marseille Université, p. 89, en ligne : https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/121-taillon_binette.pdf (consulté le 15 février 2019)
- TAYLOR C., *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992, 151 p.
- TESTARD C., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Tome 304, 1^{ère} éd, Paris, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., 2018, 788 p.
- THABOUILLOT G., « Être chef de poste en Inini (1930-1969) » (1^{er} sem. 2011), 98 : 370-371 *Outre-mers* 43-55
- THOMASSIN J.-F. ET AL., « Exploration et exploitation minière en Guyane » (2017), Coll. « La mine en France », Tome 8, 141 p.
- TIMSIT G., *Gouverner ou juger. Les blasons de la légalité*, Paris, P.U.F., 1995, 126 p.
- TIOUKA A., « Droits collectifs des peuples autochtones. Le cas des Amérindiens de Guyane française » dans Isabelle Schulte-Tenckhoff (dir.), *Altérité et droit. Contribution à l'étude des rapports entre droit et culture*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 241-262
- TIOUKA A., « Stratégies amérindiennes en Guyane française » (2016), 64 : 3 *Multitudes* 199-210
- TIOUKA A. ET FERRARINI H., *Petit guerrier pour la paix : les luttes amérindiennes racontées à la jeunesse (et à tous les curieux)*, Matoury, Ibis Rouge, 2017, 128 p.
- Tocqueville Alexis de (1856), « L'Ancien régime et la Révolution », Les Éditions Gallimard, 1952, 378 p.
- TRUCHET D., « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit » (2017), 58 : 1 LEGICOM 5-11
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, Thémis, P.U.F, 2019, 519 p.
- TRUDEL M., *Deux siècles d'esclavage au Québec*, Montréal, Hurtubise HMH, 2004, 405 p.
- TRUDEL P., « L'intérêt public : son rôle et les rouages de sa détermination », dans Yves-Marie Morissette, Wade Maclauchlan et Monique Ouellette. (dir.), *La transparence dans le système judiciaire*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Thémis, 1994, pp. 33-34

U-Z

- URBAN Y., « La fonction consultative du Conseil d'État et la nationalité dans les territoires coloniaux (hors Afrique du Nord) », dans Jean Massot, *Le conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français du XVII^e siècle à 1962*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 157-178, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01632984/document>
- VANDANGEON-DERUMEZ I., « XIX. Herbert A. Simon – Les limites de la rationalité : contraintes et défis », dans Sandra Charreire Petit éd., *Les Grands Auteurs en Management*, EMS Éditions, coll. « Grands Auteurs », Caen, 2017, pp. 296-313,
- VAUCHEZ A., « Introduction », dans André Vauchez (dir.), *La religion civique à l'époque médiévale et moderne (Chrétienté et Islam). Actes du colloque organisé par le Centre de recherche histoire sociale et culturelle de l'Occident, XII^e-XVIII^e siècle de l'Université de Paris X-Nanterre et l'Institut universitaire de France, Nanterre, 21-23 juin 1993*, École française de Rome, Rome, 1995, 604 p.

- VEDEL G., « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) » (9 mai 1997), 2 Cahiers du Conseil constitutionnel, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>
- VERPEAUX M., « Conclusion générale », dans Michel Verpeaux (dir.), *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 407-418
- VIDAL R., « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative » (1952) 58 R.D.P. 275-316
- WALINE J., *Droit administratif*, 27^e éd., Dalloz, Paris, 2018, 835 p.
- WALKEM A., « Constructing the Constitutional Box: The Supreme Court's Section 35(1) Reasoning », dans Ardit Walkem et Halie Bruce (ed.), *Box of Treasures or Empty Box? Twenty Years of Section 35*, Penticton, Theytus, 2003, pp. 195-.
- WIENER C., « La justice constitutionnelle : entre droit et politique ? », dans Philippe Bezes, Michel Borgetto, Danièle Bourcier (Éd.), *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur J. Chevallier*, L.G.D.J., Paris, 2013, pp. 274-283
- WILKINS K., *Essentials of Canadian Aboriginal Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2018, 622 p.
- WYVEKENS A., « La justice et la diversité culturelle : au pays des aveugles ? » dans Philippe Bezes, Michel Borgetto, Danièle Bourcier (Éd.), *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur J. Chevallier*, Lextenso, 2013, pp. 335-346
- YACONO X., *Histoire de la colonisation française*, Paris, P.U.F., 1969, Coll. « Que sais-je », n°452, 128 p.
- YACONO X., « La France et les Algériens musulmans » (1970), 493 *Revue historique* 121-134

Mémoires et thèses

- BAKER II H. R., *Law Transplanted, Justice Invented: Sources of Law for the Hudson's Bay company in Rupert's Land 1670 -1870*, Thèse, Droit, histoire et sociologie, Université du Manitoba, mai 1996 166 p.
- CARRIER A., *La délégation de l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones au promoteur ou le rôle de la Couronne comme médiatrice de réconciliation*, Mémoire de maîtrise, Droit, Montréal, Université de Montréal, 2018, 127 p.
- GAGNON R., *Le chemin de fer de Québec au lac Saint-Jean (1854-1900)*, Thèse, Lettres, Université Laval, décembre 1967, 224 p.
- TRITSCH I., *Dynamiques territoriales et revendications identitaires des Amérindiens wayapi et tekoh de la commune de Camopi (Guyane française)*, Thèse, Géographie, Université des Antilles-Guyane, 2013, 438 p.
- DAVID BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Thèse, Droit, Le Havre, L.G.D.J., 2002, 428 p.
- COCOUAL M., *Aux sources des parfums, industrialisation et approvisionnement de la parfumerie grassoise (second XIX^e - Début XX^e siècle)*, Thèse, Histoire, Université Côte d'Azur, 2017, 520 p.
- THIBAUT GAMESS, *La loi de départementalisation du 19 mars 1946 : un tournant dans l'exécutif de la Martinique*, Mémoire, Sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille, 2002, 326 p.
- SAINT-HILAIRE M., *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, thèse de doctorat, Droit, Québec, Université Laval, 2013, 473 p.

Publications gouvernementales, rapports, mémoires, procès-verbaux, notes et autres documents étatiques ou nationaux

Canada - Québec

CANADA. Commission royale sur les peuples autochtones, « Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones » (octobre 1996), vol. 1, Partie 2, Affaires indiennes et du Nord Canada, Ottawa, 1996 (version anglaise).

CANADA. Cour suprême du Canada, *Notes d'allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada*, Causerie Symonss, 21 octobre 2008 », en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2008-10-21-fra.aspx#fnb11> (consulté le 20 août 2020)

CANADA. Cour suprême du Canada, *La civilisation de la différence, Allocution prononcée par la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada*, Symposium LaFontaine-Baldwin, Halifax, 7 mars 2003, en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2003-03-07-fra.aspx>

QUÉBEC. Secrétariat au Plan Nord, *Le Plan Nord à l'horizon 2035* (Plan d'action 2015-2020), Gouvernement du Québec, B.A.n.Q., 2015

Le Rapport de Durham, Montréal : Éditions du Québec, 1948, 376 p. (traduit par Marcel-Pierre Hamel)

GIRARD C. et THIBEAULT J., *Rapports sur les questions autochtones. Canada 1828-1870*, vol. 1 : 84 Copies or Extracts, 1839 : 37, Chicoutimi, A.R.U.C., H.R.G.-Université du Québec à Chicoutimi

France - Guyane

CÉSAIRE A., *Rapport fait au nom de la commission des territoires d'outre-mer (1) sur propositions de loi : 1° de M. Léopold Bissol et plusieurs de ses collègues tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe et de la Martinique; 2° de M. Gaston Monnerville tendant au classement de la Guyane française comme département français; 3° de M. Raymond Vergès et plusieurs de ses collègues tendant au classement comme département français de l'île de la Réunion*, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 février 1946, n° 520, Assemblée nationale, 1946, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/images/rapport-520.pdf>

COMITÉ DES TRAVAUX PUBLICS DES COLONIES (1890/1937), Ministère des colonies, Archives nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/bj844g600t (14 registres), en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/bj844g600t>

COMMUNE DE SAINT-LAURENT DU MARONI, « Plan Local d'Urbanisme, Projet d'aménagement et de développement durable », septembre 2009, en ligne : <https://www.saintlaurentdumaroni.fr/attachment/164709/>

CONSEIL D'ÉTAT, *Considérations générales : L'intérêt général. Rapport public*, 50 Études et documents du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 1999, 277 p.

JOXE L. (rapporteur), *Procès-verbal de la séance du 2 décembre 1982*, Conseil d'État, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1982-12-02.pdf

FRANCE. *Décision du Conseil de Marine sur une lettre de d'Orvilliers du 4 février, sur une lettre d'Albon du 4 février, sur une lettre de Gaudais du 20 novembre, sur une lettre du père de Montigny du 12 novembre, sur une lettre de Gillet du 18 décembre (1712)*, Archives nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/uy306rlrsnq, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/uy306rlrsnq.num=20.q=nations>

PIÉTRI F., *Création de territoire en Guyane française. Rapport au Président de la République Française*, J.O. de la Guyane française du 2 août 1930

FRANCE. *Correspondance du gouverneur Férolles du 3 septembre 1693*, archives nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/uy306ztytxy, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/uy306ztytxy.num=20.q=nations>

FRANCE. *Lettre du P. Lombard sur la mission de Kourou précédée et suivie de quelques détails sur les travaux des autres missionnaires jésuites de la Guyane jusqu'à la révolution française (1723-1790)*, en ligne : <https://issuu.com/scduag/docs/fra110742>

FRANCE. *Mémoire écrit et signé à Cayenne le 20 juin 1698 par le Marquis de Ferolles, Gouverneur de la Guyane française*, dans *Mémoire présenté par les États-Unis du Brésil au Gouvernement de la*

Confédération Suisse pour le règlement des frontières entre le Brésil et la Guyane française, Tome II, 1899

FRANCE. *Rapport au roi proposant d'autoriser les administrateurs de la Guyane française à vendre des terrains vacants situés dans la partie neuve de la ville de Cayenne dite de la Savane aux « particuliers qui voudraient y bâtir et y établir des jardins »* (26 novembre 1830), Artiches nationales d'outre-mer, réf. ark:/61561/ni258auuttb, en ligne : <http://anom.archivesnationales.culture.gouv.fr/ark:/61561/ni258auuttb>

FRANCE. *Rapport au roi proposant d'approuver la création, à l'initiative d'Anne Marie Javouhey, supérieure des sœurs de Saint-Joseph de Cluny, d'un établissement sur les bords de la Mana, en Guyane française, destiné à accueillir les noirs de traite libérés par la loi du 4 mars 1831 et travaillant dans les ateliers publics à cayenne, afin qu'ils y exercent « une sorte d'apprentissage de la liberté et [soient] capables d'en jouir avec fruit pour eux-mêmes et sans danger pour la colonie en 1838 »* (14 août 1835), Archives nationales d'outre-mer, 1 LEG 14

RIVIÈRE L., *La Guyane française en 1865 : aperçu géographique, historique, législatif, agricole, industriel et commercial*, Cayenne, Imprimerie du Gouvernement, 1866, 359 p.

VESTUR H., « Note sur les zones de droits d'usage collectif » (juin 2010), en ligne : <http://www.blada.com/data/File/2012pdf/conseiletat161112.pdf>

Nations autochtones

Déclaration signée par les chefs à quelques jours du quarantième anniversaire de la signature de l'entente de principe de la CBJNQ, communiqué de presse, (15 novembre 2014)

Articles de presse et rubriques internet

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Proclamation royale (1763)* dans Encyclopédie du parlementarisme québécois, en ligne : [http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/proclamation-royale-\(1763\).html](http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/proclamation-royale-(1763).html) (consulté le 29 septembre 2020)

BIBLIOTHÈQUE DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, « Les ministères québécois depuis 1867 », Ressources naturelles, en ligne : <http://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/guides/fr/les-ministeres-quebecois-depuis-1867/307-ressources-naturelles> (consulté le 15 mai 2020)

BIERDERMANN B., « La main invisible devient aveugle », Conjonctures et décisions, Macroéconomie Mondialisation, Progrès technique innovation et sciences-humaines, octobre 2019, en ligne : <http://www.theoreco.com/macroéconomie-mondialisation/la-main-invisible-devient-aveugle-611.html> (consulté le 2 août 2020)

BLADA.COM, section infos citoyennes, en ligne : https://www.blada.com/boite-aux-lettres/infos-citoyennes/14757-Conference_Le_Plan_Nord_missions_et_developpement.html (consulté le 2 janvier 2020)

COMPAGNIE MINIÈRE MONTAGNE D'OR, *Un projet de mine d'or responsable*, section Présentation (25 juillet 2018), en ligne : [https://montagnedor.fr/mdo-le-projet/presentation-generale/](https://montagnedor.fr/mdo-le-projet/presentation-generale) (consulté le 5 février 2020)

LE GALL J.-M., « L'abdication de François Ier », Le grand continent, Groupe d'études géopolitiques, Paris, en ligne : <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/02/24/labdication-de-francois-ier/> (consulté le 30 août 2020)

MAURICE E., « École en Guyane », Legs colonial et outre-mer autochtones, Hypothèses, en ligne : <https://autochton.hypotheses.org/ ecole-en-guyane> (consulté le 15 mai 2020)

OFFICE NATIONAL DES FORÊTS, « La gestion forestière durable », ONF Guyane, en ligne : <http://www1.onf.fr/guyane/sommaire/guyane/missions/@@index.html> (consulté le 20 septembre 2020)

VIE-PUBLIQUE, « Projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique », (4 novembre 2020), en ligne : <https://www.vie-publique.fr/loi/273138-projet-de-loi-acceleration-et-simplification-de-laction-publique-asap> (consulté le 10 novembre 2020)

Dictionnaires

BOUSSAGUET L. et al. (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques. 3e édition actualisée et augmentée*. Presses de Sciences Po, 2010, 776 p.