

Université de Montréal

Le développement normatif et institutionnel relatif aux peuples autochtones en droit international au regard des fondements de leurs revendications politiques : le droit à l'autodétermination comme théorie unificatrice?

Par
Alexandre Courtemanche

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
En vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, option recherche

9 décembre 2010

© Alexandre Courtemanche, 2010

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

«Le développement normatif et institutionnel relatif aux peuples autochtones en droit international au regard des fondements de leurs revendications politiques : le droit à l'autodétermination comme théorie unificatrice?»

présenté par :

Alexandre Courtemanche

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Michel Morin

Président-rapporteur, Faculté de droit, Université de Montréal

Jean Leclair

Membre du jury – directeur de recherche, Faculté de droit, Université de Montréal

Isabelle Duplessis

Membre du jury, Faculté de droit, Université de Montréal

Résumé

Le présent mémoire se consacre à la question des revendications normatives des peuples autochtones en droit international. On y constate que la reconnaissance de ces dernières représente un défi important autant pour les institutions internationales que pour la philosophie libérale qui en constitue le fondement. Cette reconnaissance sera graduellement admise par les institutions internationales majeures préoccupées par les droits humains. Un corpus normatif international spécifique et exclusif aux autochtones sera ainsi développé pour répondre à leurs aspirations et besoins.

La définition de l'identité autochtone permet d'exposer cette particularité de traitement des autochtones en droit international. Elle se fonde sur deux axes. Le premier est culturel, suggérant une différence autochtone fondée sur une conception holistique du monde, laquelle est intimement liée au territoire. Le deuxième axe est historique; il fait appel à une longue présence sur un lieu, parfois qualifiée d'immémoriale, en tous les cas antérieure au contact avec un envahisseur qui mènera à leur situation actuelle de marginalisation. Ces fondements identitaires se trouvent à la source des justifications des revendications normatives autochtones. Cependant, ces fondements posent des problèmes de qualification difficiles à concilier avec la diversité des bénéficiaires des droits des autochtones. Ils entraînent également des difficultés importantes au regard de la théorie politique, laquelle s'efforce de réconcilier les revendications autochtones avec le libéralisme et les structures politiques actuelles. Une réconciliation entre les peuples autochtones et les États soulève en effet de délicates questions de légitimité et de justice.

Afin d'éviter les pièges d'une autochtonie confinée dans un paradigme culturel et historique, S. J. Anaya propose le concept d'autodétermination comme fondement unique des revendications autochtones. Ce concept doit cependant lui-même faire face à un défi de conciliation avec les structures politiques existantes. Nous verrons que s'il permet de poser les jalons d'une nouvelle relation politique, le droit à l'autodétermination des peuples autochtones semble cependant incapable de dépasser les fondements de la culture et de l'histoire inhérents à l'identité autochtone.

Mots-clés : Peuples autochtones, droit international, institutions internationales, multiculturalisme, droit à l'autodétermination, théorie politique, droits culturels.

Abstract

This essay is dedicated to the issue of the normative claims of indigenous peoples in international law. It exposes the significant challenge that the recognition of these normative claims represent for both international institutions and the liberal philosophy which is at its foundation. This recognition will be gradually accepted by major international institutions concerned with human rights. An international body of standards specifically dedicated to aboriginal aspirations and needs will thus be developed.

The definition of indigenous identity exposes the justifications for a particular treatment of indigenous peoples in international law. It is based on two axes. The first one is cultural, suggesting a difference based on a holistic view that aboriginals have of the world which is intimately linked to land. The second axis is historical, supposing a long territorial presence, sometimes referred to as immemorial, which is prior to a contact with an invader that will eventually lead to their marginalization. These foundations of indigenous identity are at the source of the justification of indigenous normative claims. However, these foundations pose problems of characterization which are difficult to reconcile with the diversity of indigenous rights beneficiaries. They also pose significant difficulties in terms of political theory, which seeks to reconcile aboriginal claims with liberalism and contemporary political structures. Undeniably, reconciliation between indigenous peoples and states raises difficult questions of legitimacy and justice.

To avoid the risks of an «indigeneity» trapped in a cultural-historical paradigm, S. J. Anaya proposes the concept of self-determination as the sole basis of aboriginal claims. This concept, however, must itself meet a challenge of reconciliation with the existing political structures. We shall see that even if it does help to lay the basis for a new political relationship, the right to self-determination of indigenous peoples seems unable to overcome the foundations of culture and history associated with aboriginal identity.

Key-words: indigenous peoples, international law, international institutions, multiculturalism, self-determination, political theory, cultural rights.

Table des Matières

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. LES AUTOCHTONES COMME SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL	6
1) L'évolution du mouvement autochtone	7
a) La suprématie européenne et sa mission civilisatrice	7
b) La (re)naissance de l'autochtonie.....	9
c) La reconnaissance de droits spécifiques aux peuples autochtones	15
2) Principaux organes institutionnels et instruments juridiques impliqués	21
a) L'Organisation internationale du Travail.....	22
i) La Convention 169	23
ii) Surveillance institutionnelle	24
b) L'Organisation des États américains.....	28
i) Le Projet de déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones.....	29
ii) La Commission interaméricaine des droits de l'homme	30
iii) La Cour interaméricaine des droits de l'homme	32
c) L'Organisation des Nations Unies	33
i) Instruments à portée universelle et mécanismes de surveillance	34
(1) Le Comité des droits de l'homme et le <i>Pacte international relatif aux droits civils et politiques</i>	34
(2) Le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale et la <i>Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale</i>	39
ii) Organes spécialisés sur les autochtones	44
(1) Le Groupe de travail sur les populations autochtones	44
(2) L'Instance permanente sur les questions autochtones	46
(3) Le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones.....	50
(4) Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones	52
Conclusion du premier chapitre	53
CHAPITRE II. LE DÉVELOPPEMENT NORMATIF AUTOCHTONE AU REGARD DE LA THÉORIE POLITIQUE	55
1) Les titulaires des droits des autochtones et les enjeux d'une définition de l'autochtonie.....	56
a) La différenciation des autochtones des autres minorités et la notion de peuple	59
i) L'essence de l'autochtonie : le rapport culturel au territoire.....	63
ii) La non-dominance et la marginalisation	70
iii) Le rapport historique entre les autochtones et «l'envahisseur».....	72
iv) L'auto-identification.....	77
b) Contourner l'impasse : une définition constructiviste	81
2) Les revendications autochtones au regard des théories politiques.....	87
a) Un contexte d'émancipation inadéquat.....	87
b) La neutralité bienveillante.....	90
c) L'aménagement des minorités au sein du libéralisme	93
d) La légitimité retrouvée à travers la réconciliation de l'histoire	103
e) L'approche culturaliste de la Cour suprême du Canada	113
f) Répercussions des théories politiques sur les droits autochtones	124

CHAPITRE III. LE DROIT À L' AUTODÉTERMINATION EN DROIT INTERNATIONAL ET SON APPLICATION AUX AUTOCHTONES	127
1) Évolution du concept d'autodétermination	128
a) Le droit à l'autodétermination modelé par le colonialisme	129
b) L'intégrité territoriale comme limite fondamentale	132
2) Vers une nouvelle forme de l'autodétermination	136
a) Jeter les bases d'un nouveau modèle	136
b) L'autodétermination en tant que droit humain fondamental	144
c) Un développement normatif élaborant une nouvelle relation politique entre les peuples autochtones et l'État	147
i) Le tremplin : la protection de l'intégrité culturelle	147
ii) Les droits territoriaux	151
iii) La norme du consentement libre, préalable et éclairé	159
iv) La reconnaissance du droit à l'autonomie politique	162
d) Réflexions sur le développement normatif comme réponse aux revendications autochtones	164
3) Une analyse de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	167
a) Genèse et parachèvement de la Déclaration	167
i) La première proposition par le Groupe de travail sur les populations autochtones	167
ii) Le Groupe de travail sur le projet de déclaration	171
iii) Le point d'équilibre : l'adoption de la Déclaration par le Conseil des droits de l'homme et par l'Assemblée générale des Nations Unies	173
b) Le contenu de la Déclaration	177
i) Les principes généraux de la Déclaration	178
ii) L'identification des bénéficiaires	181
iii) Le droit à l'autodétermination dans la Déclaration	185
(1) Le premier pivot : l'autonomie	189
(2) Le deuxième pivot : la participation des peuples autochtones dans l'État englobant	193
(3) Le contreponds : l'intégrité territoriale et politique des États	197
c) La Déclaration à la lumière des difficultés théoriques des revendications normatives autochtones	199
CONCLUSION	204
BIBLIOGRAPHIE	208
ANNEXE. <i>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i>	225

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier chaleureusement le professeur Jean Leclair pour son support et son aide tout au long de la rédaction de ce mémoire. Sans ses précieux conseils, ce processus de rédaction n'aurait peut-être jamais abouti. Ces conseils ne m'ont pas seulement donné les outils nécessaires pour me permettre de m'aventurer dans la nébuleuse du droit autochtone : ils ont également eu un impact important sur mon cheminement personnel et intellectuel. Pour cela et bien plus encore, je lui suis très reconnaissant.

Je remercie également toutes les merveilleuses personnes rencontrées lors de mon passage au Centre de recherche en droit public, en particulier Doris Farget et Karine Gentelet. Elles m'ont généreusement fait profiter de leur expérience, de leur support et de leur gentillesse et je me sens privilégié de les avoir côtoyé.

Un grand merci à ma famille, dont le support durant toutes ces années me fut extrêmement précieux, et tout particulièrement l'immense et inconditionnel support d'Alexandra, compagne de mes jours tant de joie que ceux plus difficiles.

INTRODUCTION

Les autochtones du monde entier furent jusqu'à tout récemment considérés comme des citoyens indifférenciés de leur État. Leur appartenance à une communauté culturelle n'était pour les autorités qu'un artefact négligeable du passé. S'ils bénéficiaient d'un statut juridique particulier, ce dernier n'était reconnu que dans une perspective transitoire, séquelle d'une conjoncture historique révolue. Ce n'était qu'une étape nécessaire à un processus d'assimilation, dont la suite inéluctable devait ultimement les fondre dans l'idéal du modernisme national, où tous sont considérés égaux sans égard à leur origine et leur culture.

Cette attitude, bien qu'elle soit considérée comme déplorable de nos jours, fut d'une importance capitale dans le développement de notre système politique et juridique international. Les autochtones, qui de toute évidence ne partageaient pas cette vision, vont déployer une résistance exceptionnelle à leur acculturation, résistance dont l'ampleur égale l'importance qu'ils accordent à leur existence distincte. Cette lutte, menée sur les fronts nationaux et internationaux, portera graduellement ses fruits : peu à peu, la reconnaissance de l'importance de leur survie en tant que cultures distinctes sera admise.

Le premier chapitre de cette étude rend compte des développements institutionnels et juridiques qui concrétisent cette reconnaissance au niveau international. La place occupée actuellement par la question autochtone au sein de ces institutions est impressionnante. Un véritable corpus de normes internationales, spécifiquement conçues pour la protection des autochtones, s'est formé. Plusieurs institutions internationales majeures y ont contribué, qu'elles soient régionales ou à portée universelle. À partir de leur domaine d'expertise respectif, les différents organes institutionnels spécialisés en matière de droits de l'homme vont développer une approche qui tente de répondre à ces revendications fondamentales dans le cadre de leurs compétences et de leurs fonctions. Le portrait normatif qui s'en dégage reflète à la fois l'habileté des autochtones à faire reconnaître leurs intérêts au sein du système international existant et les obstacles qui limitent la portée de cette reconnaissance.

En effet, les normes qui se sont développées au cours des trente dernières années sont issues de différentes catégories des droits de l'homme, dont l'objet oscille d'une protection individuelle à celle d'un groupe. Le développement institutionnel qui se déploie parallèlement à cette construction normative emprunte une voie similaire. D'abord limité aux organes de surveillance conventionnels des droits humains à portée universelle, ce développement consacrera la particularité des autochtones en créant des institutions spécialisées qui leur sont exclusives.

Pour expliquer ce phénomène, il faut comprendre l'enjeu que représente l'accommodement des revendications normatives autochtones dans la philosophie politique que sous-tend le système juridique international. La présence de la question autochtone parmi les institutions internationales en tant que cas particulier suppose en effet une certaine conception de ce qui fait la différence autochtone. Le deuxième chapitre de cette étude se consacre à mettre en lumière les fondements théoriques de cet enjeu.

L'exercice qui consiste à déterminer la spécificité des autochtones nous permet en premier lieu de saisir les éléments essentiels qui composent ce qu'on pourrait appeler « la problématique autochtone ». Bien que dispersés à travers le monde, certaines caractéristiques communes ont entraîné un syncrétisme des revendications autochtones au niveau international. En examinant les critères qui permettent de saisir cette « autochtonie », des éléments identitaires enchevêtrés apparaissent. L'idée d'autochtonie évoque une culture distinctive, profondément rattachée au territoire. Elle fait également appel à l'histoire, dans la mesure où une attache territoriale profonde suppose une longue appartenance à un lieu. Au sein de cette dimension historique se trouve surtout le rapport des peuples autochtones à un envahisseur extérieur, rapport qui tourne au désavantage des autochtones et se traduit par une situation de marginalisation sociale, politique et culturelle.

À l'occasion de cet exercice de définition, on en vient à constater que les critères culturels et historiques présentent des anomalies importantes. Leur emploi entraîne le risque à la fois de l'exclusion de groupes autochtones légitimes et de l'inclusion potentielle de groupes non-autochtones. Ces critères soulèvent également

la question de la distinction entre autochtones et autres minorités politiques existantes, distinction qui donne naissance à des droits spéciaux exclusifs. Ces difficultés sont intimement liées à un constat fondamental : les autochtones formaient des entités politiques autonomes dont on a injustement usurpé les prérogatives qui sont celles reconnues à des « peuples ». Or, si les revendications autochtones sont fondamentalement politiques, la conception de leur identité ne devrait donc pas être assujettie à des critères extérieurs objectifs, mais plutôt résider dans le concept de « peuple ». Ce dernier n'a cependant jamais été défini en droit positif, notamment en raison de sa nature fondamentalement dynamique et en raison du fait qu'il se fonde en grande partie sur un processus d'auto-qualification. Néanmoins, le fait que ces peuples autochtones soient des groupes subnationaux rend obscure la délimitation de cette dimension politique au sein de leur État. Cela explique en partie la poussée des revendications autochtones au niveau international, où elles peuvent s'extirper de ce cadre contraignant. Toutefois, le système politique international est lui-même basé sur la primauté de la souveraineté étatique et, par voie de conséquence, sur une prémisse qui empêche à première vue les autochtones d'y exprimer leurs intérêts. L'absence de consensus sur la définition des peuples autochtones démontre la difficulté d'harmoniser la nature politique de l'identité autochtone —et par extension de leurs revendications— avec la réalité politique et juridique actuelle.

Les penseurs qui ont tenté de justifier ces revendications se sont efforcés de les réconcilier avec la philosophie politique, et plus précisément la théorie libérale, qui fonde ce système englobant. Les modèles élaborés tentent de surmonter les obstacles posés par le libéralisme en reconfigurant les modèles politiques existants. En explorant certaines des réponses proposées par les penseurs contemporains, on observe qu'une telle réconciliation fait encore l'objet de débats et se confronte à des difficultés importantes. En outre, les propositions consistant à repenser le libéralisme pour sécuriser la protection des cultures minoritaires au sein des États sont ébranlées par le risque de la muséification des cultures, laquelle consiste à les figer dans un espace de protection factice où l'évolution est synonyme du sacrifice de leur statut particulier. Cette approche est également accusée d'ignorer la souveraineté inhérente —et immémoriale— des peuples autochtones. Cependant, comme nous le verrons, les auteurs de cette critique se confrontent à leur tour à l'incompatibilité de ce postulat de souveraineté autochtone avec les principes de la justice distributive.

Enfin, le spectre du relativisme culturel ainsi que du rapport de ce dernier avec la doctrine des droits de l'homme traverse l'ensemble de ces débats, qui doivent être en mesure de concilier l'autonomie des peuples autochtones avec le respect des principes irrécusables du libéralisme. Ces difficultés semblent à première vue insolubles. Cependant, tous admettent que notre système politique dominant se doit de faire une place aux autochtones qui soit juste et réponde à leur désir d'émancipation.

Comment le droit international répond-t-il à ces difficultés théoriques? Peut-on développer une approche juridique qui puisse répondre entièrement aux revendications autochtones? Cette approche est-elle susceptible de résorber ces tensions conceptuelles, polarisées entre la culture, l'histoire et la souveraineté politique, en une même structure juridique? Plusieurs spécialistes tentent d'interpréter les développements des droits autochtones par les institutions internationales afin d'y déceler une réponse à ces tensions conceptuelles. Il s'agit pour eux d'établir un cadre juridique viable où les autochtones, reconnus comme des entités politiques, seraient capables de retrouver la maîtrise de leur destin en négociant leur relation avec l'État englobant d'égal à égal. C'est à cette approche que se consacre le troisième chapitre de ce mémoire.

S. J. Anaya, l'un des auteurs les plus influents en matière de droit autochtone international, propose de considérer le concept d'autodétermination comme le dénominateur commun des droits autochtones, dans la mesure où ce concept en oriente la portée et le sens. Le droit à l'autodétermination doit en ce sens quitter sa conception initiale, fusionnée à l'idée de l'État souverain, pour être entendu comme un droit de l'homme fondamental. Cette conception demande donc de comprendre l'homme et ses droits fondamentaux en fonction de ses appartenances culturelles, tels des cercles concentriques où les multiples appartenances peuvent coexister sans pour autant s'exclure. Cette proposition présente l'avantage de réconcilier le noyau fondamentalement politique des revendications autochtones avec le système politique dominant, dont la souveraineté étatique reste un pilier immuable. Dès lors, les droits territoriaux et culturels qui participent à l'autonomie des peuples autochtones peuvent être perçus comme des normes qui élaborent les éléments de leur autodétermination.

Notre étude se terminera par un examen de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Celle-ci, adoptée en septembre 2007 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, est l'instrument le plus exhaustif et avancé existant sur la scène internationale en matière de droits autochtones. C'est également la plus récente contribution à un corpus grandissant de normes internationales spécifiquement conçues pour les autochtones. En raison de ces caractéristiques, son analyse peut contribuer à nous éclairer sur la portée de l'approche de S. J. Anaya en droit international. Plus spécifiquement, une telle analyse nous permettra de mesurer si, et dans quelle mesure, ce document a réussi à faire de l'autodétermination le seul fondement théorique des droits autochtones. Cette Déclaration prétend, en effet, couvrir toute la gamme des droits civils, politiques, économiques, sociaux, culturels et environnementaux dont les autochtones doivent jouir minimalement. Elle fut conçue en étroite collaboration avec des représentants autochtones issus du monde entier, ce qui contribue à sa légitimité politique dans ce contexte particulier. Elle affirme surtout et en premier lieu le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Toutefois, comme nous le verrons, la nouvelle relation entre les autochtones et les États qu'elle promet ne semble pas être en mesure de dépasser les tensions théoriques provoquées par les fondements culturels, historiques et politiques inhérents aux revendications normatives autochtones.

CHAPITRE I. LES AUTOCHTONES COMME SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL

L'intégration des revendications autochtones en droit international va progresser très lentement. Le climat politique dans lequel sont menées les premières luttes politiques modernes des autochtones, au début du 20^{ème} siècle, constitue alors un obstacle colossal. L'édification du colonialisme est à ce moment achevée et son pouvoir repose essentiellement sur la négation des autochtones en tant que peuples souverains. De fait, ces derniers ne sont même pas considérés comme les égaux des Européens.

Les conditions politiques internationales subiront cependant de profonds changements au cours du siècle. La consolidation des institutions internationales et le développement des droits de l'homme contribueront à un développement normatif favorable aux aspirations des peuples autochtones. Ce développement a gagné en ampleur et en légitimité au cours des trente dernières années et rayonne dans des domaines très divers, de sorte que la question autochtone se retrouve à l'avant-scène des grandes préoccupations contemporaines des droits de l'homme. Cette reconnaissance privilégiée des autochtones donne même à penser que ces derniers ont acquis le statut de sujet de droit en droit international.

Nous survolerons le parcours des revendications autochtones au sein des institutions internationales dans la première section de ce chapitre, pour ensuite analyser plus en détail les documents juridiques et les institutions qui ont principalement contribué à ce développement normatif.

1) L'évolution du mouvement autochtone

Trois périodes ont façonné la question autochtone actuelle et ont guidé le développement normatif qui s'y rapporte. La première consiste essentiellement en l'assujettissement des peuples autochtones, et correspond à un lent mouvement d'internalisation des rapports entre les autochtones et le colonisateur, où ce dernier s'arroge le monopole normatif. La deuxième concerne la réintroduction des intérêts autochtones en droit international, témoignant du progrès des droits de la personne à l'encontre de la sacro-sainte souveraineté des États. La résistance déployée par ces derniers aux dimensions politiques des revendications autochtones force cependant ceux-ci à employer le discours des droits individuels. La troisième période, que l'on peut considérer comme toujours en marche, se consacre spécifiquement aux autochtones et leur reconnaît un statut particulier en tant que communautés.

a) La suprématie européenne et sa mission civilisatrice

It is rare that circumstances in world history are favourable to the creation of a new kind of a global political entity.¹

L'apparition des autochtones dans le monde politique international ne s'est pas fait sans peine. Longtemps obliéré des préoccupations institutionnelles internationales, le terme «autochtone» n'y trouvait prise que de façon sporadique jusque dans les années soixante-dix. Le sens qu'il prenait alors était loin d'être celui que nous pouvons entrevoir aujourd'hui. Les autochtones constituaient des objets de droit qui relevaient de la compétence exclusive de l'État. Ce statut auquel ils étaient réduits est la conséquence d'une certaine vision de l'humanité qu'entretenaient les colonisateurs européens, alors centrée sur leurs valeurs et leur culture. Cette vision dite eurocentrique, qui consacre la supériorité de la pensée européenne, va guider la construction des rapports de pouvoirs entre les puissances coloniales et les autochtones. Le rôle du droit, matérialisant cette philosophie sous la forme de normes, allait l'amener à entériner puis orchestrer cette conception du monde défavorable aux autochtones.

¹ Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism; Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, Berkeley, 2003, p. 3.

Ainsi, bien que le poids véritable des puissances en jeu—militaires, en particulier—ait à l'origine placé les peuples autochtones et les colons européens sur un pied d'égalité,² la philosophie politique et le droit européens vont développer une pensée investissant les Européens d'une mission civilisatrice et de conversion religieuse.³ Cette pensée considère les autochtones comme dénués des attributs fondamentaux de l'homme civilisé et chrétien. Ces attributs sont à la source de la capacité de jouissance des droits humains, comme celui de la propriété et de l'organisation et la participation à une entité politique souveraine. C'est en vertu de cette position philosophique que l'usurpation des territoires et de la souveraineté des peuples autochtones a été justifiée.

Parmi les doctrines les plus efficaces qui ont servi de mécanisme à cette vaste subjugation se trouve celle dite de la «découverte». Contrairement aux conquêtes territoriales qui opposent des puissances coloniales, celles qui se font à l'encontre des autochtones ne déclenchent pas l'application d'un régime juridique international réservé aux nations civilisées.⁴ La doctrine de la découverte octroie le titre territorial au premier Roi Chrétien qui découvre un territoire non-chrétien. Cette dernière nie donc le titre légitime des autochtones sur leurs territoires, étant considérés comme des barbares.⁵ Le concept juridique de *Terra nullius*, parallèle à cette doctrine, permet une prise de possession légale de ces territoires «inoccupés».⁶ Ce critère de l'occupation effective du territoire accompagne ainsi les règles de découverte et sont invoqués afin de justifier les grandes entreprises de colonisation européennes, surtout

² Voir Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Éditions du Boréal, 1997; Russel Lawrence BARSH, «Indigenous Peoples in the 1990's: From Objects to Subjects of International Law» (1994) 7 *Harv. H. R. J.* 33; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ministère des Approvisionnement et Services, Ottawa, 5 volumes, 1996.

³ Gilbert identifie trois justifications de la conquête des territoires autochtones : Le commerce, la conversion religieuse et le rayonnement de la civilisation : Jérémie GILBERT, *Indigenous peoples' land rights under international law : from victims to actors*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2006, p. 4.

⁴ *Id.*, p. 15-17.

⁵ Andrew HUFF, «Indigenous Land Rights and the New Self-determination» (2005) 16 *J. Int'l L. & pol'y* 295, 298.

⁶ Pour une synthèse des décisions judiciaires nationales et internationales sur la doctrine de *Terra Nullius*, voir James YOUNGBLOOD HENDERSON, *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 288-293.

avant le 19^e siècle.⁷ Même dans les cas où est reconnue par le colonisateur une acquisition de souveraineté par conquête—généralement au nom d’une guerre «juste» qui s’appuie sur des impératifs religieux—les obligations du régime de conquête, prévues par le droit des gens, ne sont pas respectées. Les qualités fondamentales des autochtones, de leurs attributs politiques aux moindres détails de leur identité culturelle, vont en conséquence s’étioier au fil de siècles dominés par une hégémonie politique européenne déterminée à les fondre en leur sein. Il faudra attendre l’organisation internationale moderne et un profond changement de perspective philosophique pour assister à leur renaissance.

b) La (re)naissance de l’autochtonie

La genèse du mouvement autochtone international moderne est généralement associée aux procédures de démarcages entamées par le chef iroquois Deskaheh.⁸ En 1923, il s’adressera à la *Société des Nations*, organisation internationale constituée après la Première Guerre mondiale, pour faire reconnaître la légitimité de son gouvernement traditionnel. Bien que n’ayant pas abouti à une audience officielle, les revendications du chef iroquois obtiennent le support de certains pays membres de l’organisation. Ce support confirme la légitimité de leur cause et des possibilités qu’offrent les institutions internationales à cette dernière.

La réticence à accueillir les revendications politiques autochtones témoigne cependant du changement de philosophie politique nécessaire pour qu’un véritable mouvement global puisse s’organiser. Le refus d’audience qu’essuie le Chef Deskaheh auprès de la *Société des Nations* en est un exemple tangible ; ce refus est fondé sur le respect de la compétence exclusive qu’un État possède sur ses ressortissants, incluant les minorités ethniques.⁹ Le passage d’une question interne à

⁷ J. GILBERT, préc., note 3, p. 32. Ainsi, la règle de l’occupation effective constitue un critère prépondérant pour trancher un litige entre deux prétentions coloniales. Gilbert fait remarquer que, même si la force était utilisée pour «occuper effectivement» le territoire contesté, les autochtones résistants ne peuvent être considérés capables de cette même occupation. On ne peut donc conclure à une conquête mais bien à l’occupation paisible d’un territoire.

⁸ Isabelle SHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 21.

⁹ *Id.*, p. 1; R. NIEZEN, préc., note 1, p. 35.

une préoccupation internationale sera ainsi la clé de voûte de l'essor du mouvement autochtone et de celui des minorités ethniques.

La dynamique entre les minorités nationales et une communauté de nations n'est toutefois pas un phénomène étranger à la politique internationale en ce début de siècle. Le démantèlement des empires coloniaux est déjà entamé au moment de l'arrivée de Deskaheh à Genève, et la carte du monde géopolitique se redéfinissait en fonction d'un «système de mandats». Réponse aux conséquences de la Première Grande guerre, il déclenchera un processus global de décolonisation qui durera jusqu'à la fin du 20^e siècle. Ce système va néanmoins exclure les autochtones d'un accès à l'indépendance : il y a longtemps qu'ils sont considérés comme les sujets de leur État respectif.¹⁰ La reconstruction des nations autochtones ne pourra donc pas compter de prime abord sur la coopération des organisations internationales. Au contraire, la «trusteeship doctrine», développée à la fin du 19^e siècle dans le but d'améliorer les conditions sociales des autochtones,¹¹ maintient la relation paternaliste des États coloniaux avec les peuples autochtones, les premiers considérant ces derniers comme leurs pupilles. Considérée comme la première tentative d'internationalisation des obligations étatiques envers les autochtones,¹² cette doctrine sert de fondement aux politiques assimilationnistes subséquentes qui seront appliquées par la plupart des États coloniaux. L'émancipation des autochtones par l'acquisition de la pensée, des mœurs et de la technologie occidentale était encore la seule qui soit valable.

Face à cette imperméabilité de la philosophie occidentale, les autochtones vont se tailler une place parmi les intérêts de la scène internationale par le biais de leurs droits individuels. La première institution à prendre sérieusement en charge la défense des droits des autochtones sera l'*Organisation Internationale du Travail*. La

¹⁰ Nous aurons l'occasion de survoler ce processus de décolonisation dans la section relative à l'autodétermination : *infra*, p. 129.

¹¹ Cette doctrine tire ses origines de la *Conférence de Berlin* de 1885. Cette dernière rassembla les grandes puissances européennes qui y organisèrent le partage et la division du continent africain. L'*Acte général de la conférence de Berlin* de 1885 qui y est adopté spécifie à l'article 6 l'obligation de la «préservation des tribus indiennes, et de se soucier de l'amélioration des conditions de leur bien-être moral et matériel» [ma traduction] : voir Chidi OGUAMANAM, «Indigenous Peoples and International Law : The Making of a Regime», (2004) 30 *Queen's L.J.* 348.

¹² *Id.*, par. 15.

situation des autochtones se fauilera rapidement parmi ses préoccupations et fera l'objet d'études globales et approfondies. Cette organisation y porte une attention croissante à compter des années vingt, ce qu'elle démontre par la constitution d'un Comité d'experts du travail des autochtones en 1926.¹³ De nombreuses conventions prévoyant une protection spécifique des conditions de travail des autochtones seront adoptées à partir de 1930.¹⁴ Plusieurs conférences régionales sont également organisées entre 1936 et 1939, ainsi qu'après la Seconde Guerre mondiale, entre 1946 et 1949. Du côté du continent américain, la création de l'*Institut interaméricain sur les Indiens* en 1940¹⁵ va veiller à la promotion du bien-être des autochtones et à leur intégration dans l'ordre social et politique domestique. Cet institut deviendra un organe spécialisé de l'*Organisation des États américains* en 1953. S'inscrivant dans la lignée des recommandations de l'*Organisation internationale du Travail* de l'époque, la *Charte internationale américaine des garanties sociales* de 1948 affirme la nécessité d'une protection des autochtones et de leur patrimoine.¹⁶

Durant les années cinquante, la *Conférence internationale du travail*, principal organe décisionnel de l'*Organisation internationale du Travail*, adopte l'instrument le plus influent de l'époque qui soit entièrement consacré aux autochtones: la *Convention relative aux populations indigènes et tribales de 1957*,

¹³ Norbert ROULAND (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 406.

¹⁴ C50 *Convention concernant la réglementation de certains systèmes particuliers de recrutement des travailleurs*, *Bulletin officiel*, Bureau international du travail, vol. XXI, n° 3 (1936), p. 111 : Cette convention encadre le recrutement de main d'œuvre au sein des collectivités indigènes, lorsque ce recrutement est entraîné par des projets de développement économique déclenchés par l'État, Elle protège notamment l'organisation sociale et politique des collectivités autochtones face à ce recrutement (art. 4 b)); C64 *Convention concernant la réglementation des contrats écrits des travailleurs indigènes*, *Bulletin officiel*, Bureau international du travail, vol. XXIV, n° 3 (1939) : Cette convention encadre les conditions de forme du contrat de travail des indigènes ainsi que les conditions minimales qu'elle doit respecter; C65 *Convention concernant les sanctions pénales pour manquement au contrat de travail de la part des travailleurs indigènes*, *Bulletin officiel*, Bureau international du travail, vol. XXIV, n° 3 (1939), p. 60 : cette convention limite l'application de peines pénales aux travailleurs indigènes n'ayant pas respecté leur contrat de travail.

¹⁵ Créé par la Convention internationale de Pátzcuaro en 1940 : *Convention sur l'Institut interaméricain d'affaires indigènes (avec annexe)*. Conclue à Mexico le 29 novembre 1940, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1272, p. 338.

¹⁶ *Résolution XXXIX de l'Organisation des États américains*, adoptée par la neuvième conférence internationale des États américains : *Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento*, 1945-1954 (Washington, D.C., Union panaméricaine, 1956), art. 39.

mieux connue sous le nom de Convention 107.¹⁷ Ses dispositions visent notamment la protection des assises matérielles de la vie des autochtones, traditionnellement associées à la terre.¹⁸ La philosophie générale de cet instrument n'est cependant pas le reflet des revendications autochtones, bien que les autochtones aient participé à la préparation de la Convention.¹⁹ On n'y aborde pas, par exemple, la nécessité d'assurer la préservation d'une identité distincte. L'accès à l'égalité visé par la Convention 107 considère en effet les politiques ségrégationnistes comme un obstacle à la réalisation des droits fondamentaux et y associent les dispositions qui renforcent la différence. Elle n'approuve pas pour autant l'assimilation forcée ou artificielle des autochtones au sein des cultures dominantes. Les coutumes et valeurs autochtones sont ainsi protégées contre ces méthodes abusives et ces dernières peuvent constituer un facteur d'évaluation des politiques gouvernementales surveillées.²⁰ La Convention 107 maintient néanmoins une finalité intégrationniste et assimilationniste : elle «repose sur un préjugé évolutionniste, alors fréquemment partagé : les autochtones sont 'en retard' par rapport aux sociétés dominantes».²¹ Ils seront par ailleurs exclus du processus de création de la Convention 107, démontrant la conception de l'État moderne de l'époque; il constitue une entité homogène qui est la seule capable d'agir en matière internationale.

Le travail de l'*Organisation des Nations Unies* en matière de droits des populations autochtones demeurera au point fixe jusqu'aux années soixante.²² Cependant, les droits de l'homme développés depuis 1948 constitueront la base de futures normes spécifiques. Ces droits constituent l'un des socles de l'objectif des

¹⁷ C107 *Convention relative aux populations indigènes et tribales, 1957, Bulletin officiel, Bureau international du travail, vol. XL, n° 1 (1957), p. 12*

¹⁸ On y consacre, par exemple, les droits fonciers des autochtones sur leurs terres ancestrales : «Le droit de propriété, collectif ou individuel, sera reconnu aux membres des populations intéressées sur les terres qu'elles occupent traditionnellement.» : *Id.*, art. 11.

¹⁹ Nous aurons l'occasion de voir plus en détail le fonctionnement de l'*Organisation internationale du Travail* à la prochaine section : *infra*, p. 22.

²⁰ *Id.*, art. 2, 4, 7, 8 et 9.

²¹ N. ROULAND, *préc.*, note 13, p. 407.

²² Un projet d'étude sur la situation des autochtones en Amérique du Sud avait été recommandé par le Conseil économique et social à l'Assemblée générale des Nations Unies en 1949. En raison du manque d'intérêt manifesté par les États membres de ce Conseil, il n'y a cependant pas donné suite.

Nations Unies, soit la poursuite de la paix mondiale.²³ Les autochtones useront ainsi, dans l'attente de normes spécifiques, des autres instruments existants, notamment la *Charte des Nations Unies*²⁴ et la *Convention sur la répression du crime de génocide*²⁵ puis, à partir de 1966, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁶ et surtout le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.²⁷

Un intérêt plus particulier de l'*Organisation des Nations Unies* envers les conditions sociales des autochtones ne tarde cependant pas à émerger. En 1972, alors que la *Commission interaméricaine des droits de l'homme* affirme que la «protection spéciale pour les populations autochtones constitue un engagement sacré des États»,²⁸ la *Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*²⁹ recommande la rédaction d'une «Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones».³⁰ Le Rapporteur spécial désigné pour accomplir cette tâche, M. José R. Martínez Cobo, en déposera le rapport final dix ans plus tard.³¹ Dans cette étude exhaustive sur situation des autochtones de par le monde, publiée en cinq volumes, M. Cobo dévoile la situation déplorable des peuples autochtones et surtout les nombreuses violations de leurs droits fondamentaux. Ce rapport marquera profondément à la fois la cause des

²³ Préambule de la *Charte des Nations Unies*, C.N.O.U.I., vol. 15, p. 365, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 ; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. A.G. 217 A (III), 10 décembre 1948.

²⁴ *Id.*

²⁵ 1951, 78 R.T.N.U. 277, R.T. Can. 1949 n° 27

²⁶ 1976, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 46

²⁷ 1976, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 n° 47. Depuis sa création en 1959, la *Commission interaméricaine des droits de l'homme* promeut la protection des droits de l'homme. Nous aurons l'occasion de revenir sur cet organe de l'*Organisation des États américains* un peu plus loin : *infra*, p. 30.

²⁸ *Resolution on special protection for indigenous populations*, Inter-American Comm. on Human Rights, Dec. 28, 1972, O.A.S. Doc. OEA/Ser.P, AG/Doc 305/73 rev. 1, à la p. 90.

²⁹ Organe subsidiaire de la défunte *Commission des droits de l'homme* des Nations Unies, elle-même sous l'égide du *Conseil économique et social des Nations Unies*. Cette commission fut remplacée par le *Conseil des droits de l'homme* en 2007.

³⁰ ECOSOC Resolution 1589 (L), 21 mai 1971, par. 7.

³¹ José R. MARTINEZ COBO, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 Add. I

autochtones et la conception même de la discrimination au sein des Nations Unies, laquelle fera de la culture son noyau fondamental.³²

La portée des travaux de M. Cobo mènera notamment à la réalisation de l'une de ses recommandations principales, soit la création du *Groupe de travail sur les populations autochtones*,³³ créé par la même sous-commission qui avait commandé l'étude et qui lui sera rattachée. Le rapport exercera également une grande influence sur les travaux de l'*Organisation internationale du Travail* à la fin des années quatre-vingt en vue de l'élaboration d'une nouvelle convention. Cette vaste étude aborde en fait presque tous les aspects de la question autochtone à l'échelle mondiale et constituera une référence incontournable pour les études menées par les institutions spécialisées mandatées à cette fin. Elle est encore fréquemment citée de nos jours.³⁴ L'*Organisation des États américains* ne sera pas en reste durant cette période et réalisera plusieurs études particulières sur la situation des autochtones en Amérique du Sud.³⁵ Les initiatives de cette organisation prendront la forme de recommandations et résolutions diverses. Cependant aucun document juridique spécifique aux autochtones de la part de l'*Organisation des États américains* ne verra le jour avant les années quatre-vingt-dix.

Il est manifeste que l'ampleur de l'impact de l'étude de M. Cobo s'explique en partie par la revalorisation générale, dans les années soixante-dix, des droits culturels en tant que normes fondamentales dans l'ordre international général.³⁶ Caractérisée par des moyens de communication de plus en plus efficaces contribuant

³² Pour un historique de l'étude, voir Augusto WILLEMSSEN-DIAZ, «How Indigenous Peoples' Rights Reached the UN», dans Rodolpho STAVENHAGEN et Claire CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhague, IWGIA, 2009, p. 16, à la page 22.

³³ Par une Résolution du *Conseil économique et social* du 7 mai 1982 : Rés. CES 1982/34, Doc. Off. CES NU, 1982. Il est à noter que la création du *Groupe de Travail sur les populations autochtones* précède le dépôt du rapport complet de J. M. Cobo, en 1984. Il sera présidé par Mme. Érica-Irène Daes de 1984 à 2002. Nous verrons plus en détails cet organe dans la deuxième section de ce chapitre : *infra*, p. 44.

³⁴ Par exemple sur la définition de l'autochtone : voir *infra*, p. 62.

³⁵ N. ROULAND, préc., note 13, p. 416. Elles vont notamment mener à des recommandations de protection des territoires traditionnels autochtones.

³⁶ Ghislain OTIS et Bjarne MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p.11.

à l'émergence de mouvements transnationaux, cette décennie verra naître de multiples initiatives non-gouvernementales mues par le désir de faire valoir les revendications autochtones, telles que la *Non-governmental Organization Conference on Racism Against the Indigenous Peoples of the Americas* de 1977, la création du *Conseil Mondial des peuples autochtones*³⁷ et du *International Indian Treaty Council*,³⁸ de la *Conférence circumpolaire Inuit* et du *Consejo India de Sud America*.³⁹

La montée en puissance de la société civile, organisée en une multitude d'associations, stimule le développement des droits des plus opprimés et marginalisés. De plus, les normes liées à la détention collective d'un droit au bien-être social et économique, souvent qualifiées de droits de seconde génération, ont connu une impulsion importante à la suite de l'effondrement du bloc communiste en 1989 dans les pays marqués de tradition libérale. Ces facteurs sociopolitiques vont ainsi contribuer à établir un climat favorable aux revendications à caractère culturel et politique des autochtones. Les années qui vont suivre cette première période vont ainsi être le théâtre d'un développement fulgurant de la reconnaissance internationale des autochtones tant au niveau politique que normatif.

c) La reconnaissance de droits spécifiques aux peuples autochtones

C'est au cours des trente dernières années que le corpus normatif concernant les autochtones va connaître une expansion importante. Aux Nations Unies, la création officielle du *Groupe de travail sur les populations autochtones* en 1983 marque le coup d'envoi. Ses travaux porteront sur l'ensemble des préoccupations autochtones et vont constituer un foyer majeur de production normative relative aux autochtones durant près de 15 ans. Sa plus importante réalisation est sans contredit la

³⁷ Créé en 1975, à la suite de la *Conférence mondiale de Port Alberni* du 27 au 31 octobre. : *Id.*, p. 11; Douglas SANDERS, *The Formation of the World Council of Indigenous Peoples*, International Work Group for Indigenous Affairs, document no. 29, Copenhagen, 1977. Le *Conseil Mondial des peuples indigènes*, le premier nom de cette organisation, fut subdivisé en trois conseils régionaux du continent américain : Amérique du Nord, Amérique Centrale et Amérique du Sud.

³⁸ Créé en 1974 et devenue la première organisation autochtone à obtenir un statut consultatif auprès du Conseil économique et social, en 1977.

³⁹ Pierre-Christian LABEAU, «Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes: son application aux peuples autochtones» (1996) 37 (2) *Les Cahiers de Droit* 507, 521.

préparation du *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*,⁴⁰ seul instrument de portée universelle en la matière.

Dans l'intervalle créé par le processus de préparation du Projet de déclaration, l'*Organisation des Nations Unies* concrétise la notion de protection identitaire des autochtones dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*,⁴¹ adoptée en 1989. Elle garantira le droit des enfants autochtones à leur langue, leur culture et leur religion.⁴² Cette convention présente l'avantage d'être quasiment universelle du point de vue des Nations Unies; elle compte 192 États signataires à ce jour. Malgré la faible place qui y est accordée aux autochtones, la ratification généralisée de l'instrument permet ainsi de considérer les dispositions concernées comme dotées d'une force juridique considérable.

Les années quatre-vingt vont également assister à une révision de la Convention 107, alors qu'un instrument plus harmonieux avec le développement contemporain des droits autochtones apparaît nécessaire. Décritant le caractère assimilationniste de la Convention 107, l'*Organisation internationale du Travail* procédera à son entière révision à partir de 1986. Cette révision donnera naissance à l'instrument actuellement le plus contraignant dans le droit international relatif aux autochtones : la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*, ou Convention 169.⁴³ Elle rejettera tout élément d'assimilation culturelle et vise résolument à protéger l'identité autochtone, dont elle fait son pivot central.

Plusieurs organes des Nations Unies vont commencer à faire des autochtones une priorité dans l'élaboration de leurs politiques. La *Conférence des Nations Unies*

⁴⁰ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Déc. CDH 1994/2, Doc. Off. CDH NU, 1994, Supp.1, Doc. NU E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1. Le processus de création, ainsi que d'adoption de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* seront examinés dans la section finale de cette étude : *infra*, p. 167.

⁴¹ Rés. AG 44/25, Doc. N. U. A/44/49 (1989), art. 17 d) et art. 30.

⁴² «Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.» *Id.*, art. 30.

⁴³ *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, Bulletin officiel, Bureau international du travail, vol. LXXII (1989), Série A, n° 2, p. 63*

sur l'environnement et le développement va préparer une directive des programmes et des politiques nationales et internationales qui devront désormais prendre en considération les autochtones et leurs communautés. Surnommé «l'Agenda 21»,⁴⁴ cet agenda politique marque en 1992 un engagement des États envers un développement responsable qui inclut la dimension autochtone dans ses principes d'action et se fonde sur un impératif de coopération réelle et effective. Un processus de consultation et une intégration des conceptions autochtones de l'exploitation des ressources naturelles y seront prévus. L'Agenda 21 aura une répercussion importante pouvant être constatée par l'inclusion de la question autochtone dans le cadre de grandes conférences des Nations Unies subséquentes.⁴⁵

La *Convention sur la diversité biologique*, adoptée la même année, va reconnaître les autochtones dans leur spécificité culturelle et leur mode de vie traditionnel.⁴⁶ La relation spéciale entretenue par les autochtones avec la terre se rattache ainsi aux préoccupations contemporaines relatives à la protection de l'environnement.⁴⁷ Soulignons enfin l'apport non négligeable de la *Banque Mondiale* qui, sous l'influence du rapport de son *Bureau des affaires environnementales et scientifiques*, en vient à se préoccuper des conséquences des projets de développement en milieu écologiquement fragile pour les populations autochtones qui les habitent. Elle émet en 1991 la *Directive opérationnelle sur les peuples autochtones*,⁴⁸ qui sera révisée et renforcée en 2005.⁴⁹ Ces directives succèdent à la *Directive OMS 2.34*, instaurée en 1982, qui s'inscrivait dans une philosophie paternaliste semblable à celle exprimée par la Convention 107.

⁴⁴ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Agenda 21)*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, Publication des Nations Unies, n° E/931/1/8/, vol. I

⁴⁵ Par exemple, la *Conférence de 1993 sur les Droits de l'Homme*, la *Quatrième conférence sur les femmes de 1995* et la *Conférence Mondiale contre le Racisme de 2001* : voir J. Y. HENDERSON, *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition*, Saskatoon, Purich Publishing, 2008, p. 81.

⁴⁶ *Convention sur la diversité biologique*, [1993] R. T. Can. n° 24, art. 8 j).

⁴⁷ Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 143.

⁴⁸ *Operational Directive 4.20, Indigenous Peoples*, The World Bank Operational Manual, Washington, D.C., 1991

⁴⁹ *Operational Policy OP 4.10, Indigenous Peoples*, en ligne; <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL>> (consulté le 12 avril 2010)

Les organisations régionales emboîtent le pas durant les années quatre-vingt-dix et s'inscrivent dans le sillon tracé par les travaux du *Groupe de travail sur les populations autochtones* et de l'*Organisation internationale du Travail*. L'effort le plus remarquable provient de l'*Organisation des États américains*. La *Commission interaméricaine des droits de l'homme*, suite à une demande de l'*Assemblée Générale de l'Organisation des États Américains* formulée en 1989, va soumettre un *Projet de déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*,⁵⁰ similaire au *Projet du Groupe de Travail sur les populations autochtones* des Nations Unies. En 1994, de l'autre côté de l'Atlantique cette fois, le Parlement européen adopte la *Résolution sur les mesures internationales nécessaires à une protection effective des peuples indigènes*.⁵¹ Cette résolution aspire à guider la communauté internationale en matière de relations avec les autochtones, et invite cette dernière à adhérer en grand nombre à la Convention 169. La Commission européenne insistera quant à elle sur la notion de consentement des autochtones et de contrôle sur leurs ressources dans le cadre d'un document de travail relatif aux autochtones.⁵²

Les nombreux développements du début des années 90 témoignent de l'attention croissante des institutions internationales envers les autochtones. Deux phénomènes symboliques importants auront lieu au sein des Nations Unies dans le but de généraliser cet éveil et stimuler le développement normatif qui l'accompagne : la proclamation, par l'Assemblée générale, de l'*Année internationale des autochtones* en 1993 et de la *Décennie internationale des autochtones* de 1994 à 2004.⁵³ Ces deux événements politiques consacrent la question autochtone parmi les grandes préoccupations politiques des années 90 et poussent les États et les organisations non-gouvernementales —dont font partie les organisations politiques autochtones— à la construction d'une nouvelle relation. Les sept objectifs de la

⁵⁰ Comm. Interam. D.H., Doc Off. OÉA/Ser./L.V/II.90, Doc. 9, rev. 1, 26 août 1994.

⁵¹ Journal officiel des Communautés européennes, n° C61/69-71/, 28.2.94.

⁵² *Working Document of the Commission on Support for Indigenous Peoples in the Development Cooperation on the Community and Member States*, SEC (98) 773 final (11 mai 1998). Voir S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 68.

⁵³ A/Res/48/163 (1993).

Décennie internationale des autochtones reprendront les grands thèmes de la question autochtone et posent les objectifs à accomplir d'ici son échéance.⁵⁴

Vers la fin de la décennie proclamée, les initiatives du Danemark et du Groenland, notamment, mènent à la création de l'*Instance permanente sur les questions autochtones*,⁵⁵ répondant à l'un des objectifs majeurs de la Décennie et offrant aux autochtones une pérennité institutionnelle au sein des Nations Unies. Cette instance constitue une plate-forme spécialisée sur les questions autochtones qui surveille le respect de leurs droits dans le développement institutionnel de l'ensemble des Nations Unies. Cet organe sera rapidement assisté par la nomination d'un *Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones* en 2001, ainsi que par un *Mécanisme d'experts sur les droits autochtones* en 2008. L'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* en 2007 par l'*Assemblée Générale des Nations Unies*,⁵⁶ après plus de vingt ans de délibérations intensives, représente certainement un pas décisif pour les autochtones et la réussite d'une grande partie des objectifs de la Décennie.

Cependant, comme le souligne Joshua Castellino et Niamh Walsh, la visibilité accrue des autochtones au sein des institutions internationales ne constitue pas la panacée de leurs problèmes.⁵⁷ Nombre de débats portant sur la nature et l'étendue des droits autochtones s'empêchent dans des difficultés théoriques et politiques. En conséquence, plusieurs questions juridiques autochtones ne sont pas encore abordées dans le détail, par exemple dans le domaine des droits fonciers. À ces questions épineuses s'ajoute celle —plus pragmatique et tout aussi importante— de la mise en œuvre des normes existantes, fruit de difficiles négociations. Le remarquable contraste entre les progrès normatifs relatifs aux autochtones et le respect des engagements contractés par les États nous indique les efforts encore nécessaires à la réparation des injustices subies par les autochtones. Le

⁵⁴ Reproduits dans Joshua CASTELLINO et Niamh WALSH (dir.), *International Law and Indigenous Peoples*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 396.

⁵⁵ A/Res/2000/22 du 28 juillet 2000.

⁵⁶ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. N.U. A/61/L.67.

⁵⁷ J. CASTELLINO et N. WALSH, préc., note 54, p. 399.

développement fulgurant des outils juridiques et politiques consacrés aux autochtones démontre cependant un changement de paradigme encore inespéré il y a quelques décennies. Le rôle considérable qu'ont joué les institutions internationales dans ce développement démontre leur importance : elles constituent le seul foyer de production normative qui ne soit pas entièrement soumis aux États. Comme nous allons maintenant le constater, le dévouement des Nations Unies et des organisations internationales régionales à la cause des autochtones confirme leur capacité de médiation entre les revendications de tous les peuples.

2) Principaux organes institutionnels et instruments juridiques impliqués

Frédéric Deroche affirme que «l'évolution du droit international, positif ou en émergence, conventionnel ou juridictionnel, a concouru depuis les années quatre-vingt-dix à une certaine réorganisation de la relation entre les peuples autochtones et les États».⁵⁸ Par cette affirmation, il souligne le développement exponentiel des normes relatives aux autochtones au niveau international. Il indique également par là que la substance des obligations étatiques envers les autochtones s'inscrit dans un faisceau de normes juridiques qui dépassent les seules normes nationales.

Le droit international des droits de la personne est souvent comparé au droit contractuel, en ce sens qu'il est fondamentalement consensuel.⁵⁹ Les sources qui le composent sont en effet similaires à celles du droit des contrats; elles résident dans les conventions existantes, la coutume et les principes généraux du droit.⁶⁰ Sans entrer en profondeur dans ce vaste sujet, soulignons que la nature même du droit international, jeune et vivant, requiert une approche globale des normes qui s'y développent pour en comprendre le sens. Mis à part les principes généraux d'interprétation d'une règle conventionnelle,⁶¹ le sens des normes étudiées dans ce corpus peut être précisé par la doctrine, la jurisprudence et les actes unilatéraux des organisations internationales.⁶² Comme le souligne Serge Sur, la notion de sources du droit international est elle-même composite.⁶³ L'examen d'une norme ou d'une coutume internationales demande donc une approche qui soit consciente des règles qui guident sa formation.

Un portrait global des droits autochtones en droit international requiert ainsi la consultation de diverses sources conventionnelles, doctrinales et jurisprudentielles

⁵⁸ Frédéric DEROCHÉ, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre, un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 228.

⁵⁹ William SCHABAS, *Droit international des droits de la personne*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 18.

⁶⁰ Voir notamment l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice : Charte des Nations Unies*, préc., note 23.

⁶¹ Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1979) 1155 R.T.N.U. 331, art. 31 et 32.

⁶² W. SCHABAS, préc., note 59, p. 33-38.

⁶³ Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 42.

—ou quasi-jurisprudentielles, comme dans le cas des organes de surveillance conventionnelle —afin d’entrevoir leur substance. Pour ce faire, nous allons nous attarder aux contributions institutionnelles majeures ainsi qu’aux principaux instruments de droit international relatifs aux autochtones⁶⁴ que nous avons signalés dans l’historique qui précède. Une description de ces institutions internationales, de l’étendue de leur juridiction, des normes qu’elles sont appelées à mettre en œuvre, ainsi que des mécanismes qui permettent cette dernière est donc nécessaire pour bien mesurer leur contribution à la cause autochtone.

a) L’Organisation internationale du Travail

L’*Organisation internationale du Travail* est la plus ancienne institution internationale existante consacrée à la protection des droits de l’homme. Constituée en 1919 par le *Traité de Versailles*⁶⁵ à la suite de la Première Guerre mondiale, elle devient la première institution spécialisée des Nations Unies en 1946.⁶⁶ Ses travaux portent sur le développement de normes minimales en matière de justice sociale dans le cadre général des relations de travail. L’*Organisation internationale du Travail* se consacre également à la protection des droits de la personne de façon plus générale. Une particularité organisationnelle marquante de cette organisation réside dans son fonctionnement tripartite, unique au niveau international. Chaque État est représenté par deux délégués gouvernementaux, un délégué employeur et un délégué travailleur. À partir des années quatre-vingt, s’inscrivant dans une politique multiculturaliste en plein essor, elle produira la Convention 169, un instrument qui sera à l’avant-garde des droits des peuples autochtones pendant plusieurs années et continue d’avoir une importance capitale dans le domaine. Cette agence spécialisée des Nations Unies sera traité séparément de cette dernière en raison du caractère exceptionnel de ses développements normatifs.

⁶⁴ Comme l’historique général qui précède le démontre, les sources normatives internationales relatives aux autochtones sont très nombreuses; nous allons donc nous limiter aux plus influentes. Un organigramme du système des Nations Unies préparé par le *International Indian Treaty Council* recense plus de 66 organes directement ou indirectement reliés aux autochtones et est disponible sur le site de l’*Indigenous peoples’ global summit on climate change* : <http://www.indigenoussummit.com/servlet/content/additional_resources.html> (consulté le 13 avril 2010)

⁶⁵ *Traité de Paix avec l’Allemagne*, [1919] T.S. 4.

⁶⁶ W. SCHABAS, préc., note 59, p. 77.

i) La Convention 169

Le développement d'une nouvelle perspective concernant la protection des peuples autochtones durant les années 70 stimula une révision précoce de la Convention 107, jugée par de nombreuses organisations internationales comme désuète. Porteuse de concepts inappropriés concernant les autochtones, elle s'orientait nettement vers une politique intégrationniste en vertu d'un fondement axé sur l'égalité entre les individus. Cette orientation assimilationniste est apparue comme l'une des failles majeures des outils de protection des droits de l'homme développés vers le milieu du siècle, édulcorant l'élément culturel des groupes faisant l'objet d'une protection particulière. Le glissement philosophique d'un égalitarisme fondé sur l'individu vers un renforcement des pluralismes culturels fut mis à l'œuvre lors de la révision de la Convention 107. Cette révision commença en 1986 avec la rencontre de la *Commission d'experts sur l'application des Conventions et des recommandations* puis prit sa forme concrète durant la Conférence générale de 1988.

Un premier effort vers une politique respectueuse de l'intégrité culturelle et de l'autonomie des autochtones se fit dès la procédure de révision : bien que ne disposant que d'un statut d'observateur, des représentants autochtones furent invités à la Conférence, et les commentaires de nombreuses organisations autochtones furent intégrés aux recommandations des États participants. Cette participation fut toutefois jugée insuffisante par les intervenants autochtones et serait à l'origine d'un certain désintérêt de ces derniers pour cet instrument.⁶⁷ La Convention 169 ne serait donc pas utilisée par les intéressés à sa pleine capacité. L'intérêt de ce document est pourtant significatif : c'est à ce jour le seul instrument juridique spécifiquement conçu pour les autochtones qui lie ses adhérents et les soumet à un examen juridique contraignant. Il répond clairement aux revendications politiques des autochtones en indiquant explicitement son intention anti-assimilationniste dès le préambule,⁶⁸ et

⁶⁷ Alexandra XANTHAKI, *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 68.

⁶⁸ «Considérant que, étant donné l'évolution du droit international depuis 1957 et l'évolution qui est intervenue dans la situation des peuples indigènes et tribaux dans toutes les régions du monde, il y a lieu d'adopter de nouvelles normes internationales sur la question en vue de supprimer l'orientation

reprend les articles de son prédécesseur en en retranchant l'idée d'intégration à la société englobante.⁶⁹ À ce jour, 20 États ont ratifié la Convention 169, ce qui est relativement peu en comparaison des autres instruments adoptés par l'*Organisation internationale du Travail*.⁷⁰ Cette impopularité témoigne selon certains des avancées significatives qui y sont présentes et que peu d'États sont conséquemment prêts à assumer, cette convention créant des obligations juridiques. Elle est cependant devenue une référence dans la doctrine ainsi que dans l'élaboration des politiques internationales et nationales et contribue à définir les normes fondamentales relatives aux autochtones.

ii) Surveillance institutionnelle

Rappelons en premier lieu que la Convention 169 et la Convention 107 sont à ce jour les seuls instruments internationaux spécifiquement relatifs aux autochtones qui créent des obligations juridiques. L'État signataire doit se plier à un système de rapports gouvernementaux périodiques et aux mécanismes de supervision prévus par la Constitution de cette organisation.⁷¹ Les rapports émis par les gouvernements doivent faire état de la mise en œuvre nationale des normes de la Convention 169. Ils seront révisés par la *Commission d'experts sur l'application des Conventions et des recommandations*, lequel peut solliciter à son tour des informations supplémentaires

des normes antérieures, qui visaient à l'assimilation.» : *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*, 1989, préc., note 43, par. 4 du préambule.

⁶⁹ Par exemple, l'article 4 de la Convention 169 prévoit que «Des mesures spéciales doivent être adoptées, en tant que de besoin, en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés. Ces mesures spéciales ne doivent pas être contraires aux désirs librement exprimés des peuples intéressés.» Son article correspondant de la Convention 107 (article 3) était formulé ainsi : «Des mesures spéciales devront être adoptées pour protéger les institutions, les personnes, les biens et le travail des populations intéressées *aussi longtemps que leur situation sociale, économique et culturelle les empêchera de jouir du bénéfice de la législation générale du pays auquel elles appartiennent. Il faudra veiller à ce que de telles mesures spéciales de protection : ne servent pas à créer ou à prolonger un état de ségrégation; ne restent en vigueur que pour autant que le besoin d'une protection spéciale existe et dans la mesure où cette protection est nécessaire.*» (mes italiques). Voir Nassira BELKACEMI, *Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne*, Montpellier, Université de Montpellier, 1996, p. 73 à 75.

⁷⁰ Site de l'*Organisation internationale du travail*, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifice.pl?C169>> (consulté le 13 avril 2010)

⁷¹ Dont les modalités sont prévues aux articles 22 à 26 de la *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, 15 U.N.T.S. 35, disponible de le site de l'*Organisation internationale du Travail*, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/constq.htm>> (consulté le 4 décembre 2010)

des États. La Commission d'experts peut adresser des commentaires aux États suite à l'examen du rapport, soit par des observations publiques sur l'application de la Convention, soit par des demandes directes au gouvernement intéressé. La *Commission de l'application des normes*, dont la tâche principale est d'examiner l'application des conventions ratifiées dans un certain nombre de pays («cas individuels») en fonction des observations publiées par la commission d'experts se basant sur ces dits rapports, termine le processus de révision et fait par de ses observations aux États concernés.

Le cas de la réforme constitutionnelle du Mexique, l'un des premiers pays ayant ratifié la Convention 169, est un exemple particulièrement éloquent de ce type de mécanisme. Plusieurs communications provenant de représentants d'organisations de travailleurs et d'autochtones ont mené à une étude approfondie des réformes constitutionnelles du pays qui ont eu lieu entre 1992 et 2001. Les observations de la *Commission de l'application des normes*, critiquant le «manque de dialogue entre le gouvernement et les communautés autochtones»,⁷² ont mené à diverses discussions dans le cadre de la Conférence prévue en ce sens. L'examen individuel du cas concernant la Convention 169 du Mexique rendu en 2000 rapporte que suite à ces discussions, le Gouvernement a mis en place «des mécanismes de dialogue permanent entre lui et les peuples indigènes, à différents niveaux.»⁷³

Les organes de supervision de l'*Organisation internationale du Travail* ont également imposé la mise en œuvre de normes prévues par la Convention 169 aux pays signataires de la Convention 107. Ils y sont parvenus par le truchement de l'engagement général de ces parties à l'ancien traité. Ces dernières doivent viser le progrès des droits humains correspondants au champ d'application de la Convention. Par souci de compatibilité avec les standards internationaux actuels, auxquels souscrivent implicitement les États membres de la Convention en y adhérant, il devient possible d'exiger des États qu'ils abandonnent les préceptes

⁷² *RCCIT: Examen individuel du cas concernant la convention No 169, Peuples indigènes et tribaux, 1989, Mexique (ratification: 1990) Publication: 1995, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/newcountryframeF.htm>> (consulté le 25 avril 2009)*

⁷³ *RCCIT: Examen individuel du cas concernant la convention No 169, Peuples indigènes et tribaux, 1989, Mexique (ratification: 1990) Publication: 2000, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/newcountryframeF.htm>> (consulté le 1^{er} août 2010)*

assimilationnistes de l'ancien instrument. Les commentaires publiés par les experts relatifs au Brésil alors qu'il avait ratifié la Convention 107⁷⁴ vont ainsi permettre la promotion d'une révision des politiques nationales en faveur d'un renforcement des droits territoriaux, de l'intégrité culturelle et de l'autonomie des autochtones.⁷⁵

À ce mécanisme de supervision conventionnel s'ajoute certains mécanismes de plainte. Suivant le mandat et les objectifs de l'*Organisation internationale du Travail*, seules les organisations liées au travail comme les organisations syndicales, les groupes d'employeurs et les gouvernements peuvent se prévaloir du mécanisme de plainte contre un État, prévu aux articles 24 et 25 de la *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*.⁷⁶ Les autochtones intéressés doivent ainsi intervenir indirectement, soit par l'envoi d'informations vérifiables directement à l'*Organisation internationale du Travail*, soit en s'associant à une organisation syndicale locale. Ils peuvent également utiliser les autres organes internationaux qui ont la capacité d'intervenir dans les travaux de l'*Organisation internationale du Travail*, comme l'*Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones*.⁷⁷ En outre, l'article 24 de la Constitution prévoit qu'une association de travailleurs ou d'employeurs peut faire une représentation auprès de l'organisation lorsque l'État dont ils sont les ressortissants a failli —de quelque façon que ce soit— à l'observation de toute Convention ratifiée. L'association à l'origine de la plainte n'a pas à être directement affectée par la violation, et contrairement à la plupart des mécanismes similaires existants, il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes avant de l'invoquer.⁷⁸ Le *Conseil d'administration de l'Organisation internationale du Travail* étudie ensuite les allégations et sollicite les commentaires du gouvernement en cause. S'il déclare ces explications insatisfaisantes, il peut publier la représentation, les commentaires du gouvernement et ceux du Comité tripartite saisie

⁷⁴ Le Brésil a ratifié la Convention 169 le 25 juillet 2002.

⁷⁵ *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations: General Report and Observations Concerning Particular Countries, Report 3 (pt. 4A)*, International Labour Conference, 81st session, p. 349

⁷⁶ Préc., note 71.

⁷⁷ *Indigenous & Tribal Rights in practice : A Guide to ILO Convention No. 169*, p. 61 et 179. Document disponible sur le site de l'Organisation internationale du travail, en ligne : <<http://www.ilo.org/indigenous/lang--en/index.htm>> (consulté le 1^{er} Octobre 2009)

⁷⁸ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 250.

de cette plainte. Jusqu'à présent, seize comités tripartites ont analysé des réclamations basées sur le non-respect de la Convention 169 et ont émis des conclusions.⁷⁹

Finalement, quoique rarement invoqué, l'article 26 de la Convention 169 permet à tout membre de l'*Organisation internationale du Travail* ou signataire de la Convention concernée de déposer une plainte au *Bureau international du Travail* contre un autre État membre qui n'assurerait pas l'exécution d'une ou plusieurs conventions qu'il a ratifiée, et ce malgré l'absence de préjudice de la part du plaignant. L'organe peut également initier la procédure de lui-même. Une commission est alors désignée pour entamer un processus quasi-judiciaire. Elle est habilitée à faire enquête sur le terrain et sa décision peut être portée en appel devant la *Cour internationale de justice*.⁸⁰ Il faut garder à l'esprit, comme le rappelle S. J. Anaya,⁸¹ que les méthodes de résolution des conflits conçues par l'*Organisation internationale du Travail* sont principalement axées, comme celles de la plupart des organisations internationales, sur le dialogue, les recommandations techniques et la pression politique causée par la publicité des affaires internes d'un État devant ses pairs. La non-ingérence dans les affaires domestiques des États est donc maintenue comme principe de base au sein de cette institution.⁸² Aussi, tant qu'il n'y a pas de claire incompatibilité entre le droit interne et la Convention, tant le Comité tripartite, la Commission d'experts que la Commission de l'application des normes, fera preuve de déférence envers le système judiciaire de l'État et le processus local de résolution du conflit.

⁷⁹ Les pays visés sont le Brésil, l'Argentine, le Guatemala, le Mexique (6 plaintes), la Colombie (2 plaintes), le Danemark, l'Équateur, la Bolivie et le Pérou. Voir le site de l'*Organisation internationale du Travail*, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/repframeF.htm>> (consulté le 4 décembre 2010)

⁸⁰ Art. 29 de la *Constitution de l'Organisation internationale du travail*, préc., note 71.

⁸¹ *Id.*, p. 252.

⁸² La non-ingérence, qui suppose un domaine réservé de l'État et une protection de sa souveraineté exclusive, est spécifiée dans plusieurs documents fondateurs institutionnels : art. 15 (8) du *Pacte de la Société des Nations*, Partie I du *Traité de Versailles* signé le 28 juin 1919. ; art 2 (7) de la *Charte des Nations Unies*, préc., note 23; art. 19 de la *Charte de l'Organisation des États américains*, (1952) R.T.N.U. 4, 46 *A.J.I.L. Supp.* 43, telle qu'amendée par le *Protocole de Buenos Aires*, (1970) 721 R.T.N.U. 324, [1990] R.T. Can. n° 23. Bien qu'elle ne constitue pas une norme absolue, elle reste intimement liée à la reconnaissance de la souveraineté de l'État : voir *infra*, p. 128.

b) L'Organisation des États américains

Cette organisation régionale est la principale institution internationale du continent américain à s'intéresser aux droits de la personne. Elle fut créée en 1948 à la suite de l'adhésion des 21 membres fondateurs à la *Charte de l'Organisation des États américains*.⁸³ Elle maintient traditionnellement une certaine autonomie par rapport aux Nations Unies et a créé un système doté d'organes qui possèdent leurs propres moyens de création normative.⁸⁴

Comme nous l'avons vu précédemment, cette organisation ne possède pas d'instrument spécifique aux autochtones à ce jour, bien que le développement du Projet de déclaration sur les droits autochtones soit en cours depuis déjà un certain temps. Les droits des autochtones au sein de cette institution sont donc pour l'instant protégés via les droits individuels de la personne. Il existe deux instruments juridiques principaux qui énoncent les obligations de tous les États membres de l'*Organisation des États américains* envers leurs habitants; la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*⁸⁵ et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*.⁸⁶ Ces deux instruments sont similaires aux Pactes universels des droits fondamentaux élaborés par les Nations Unies. Ils prévoient une protection des droits civils, politiques, sociaux et économiques de l'individu et ils comprennent, entre autres, le droit à la propriété, la liberté de conscience et de religion et le droit à la liberté d'association.⁸⁷ C'est principalement par ces derniers que seront entendues les revendications juridiques des autochtones des Amériques, à travers les deux instances chargées de l'application et du respect de ces instruments : la *Commission interaméricaine des droits de l'homme* et la *Cour interaméricaine des droits de l'homme*.

⁸³ *Charte de l'Organisation des États américains*, préc., note 82. L'Organisation compte actuellement 35 membres.

⁸⁴ W. SCHABAS, préc., note 59, p. 122. Cette autonomie serait principalement attribuable au poids politique des États-Unis : J. COMBACAU et S. SUR, préc., note 63, p. 661.

⁸⁵ *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 43 A.J.I.L. Supp. 33, OÉA Doc. off. OÉA/Ser. L/V/II.23/doc. 21 rev. 6 (1949)

⁸⁶ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Doc. off. OÉA/Ser. K/XVI/1.1/doc. 65 rev. 1, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969.

⁸⁷ *Id.*, art. 21, 12 et 16; *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, préc., note 85, art. XXIII, III, XXI et XXII.

i) Le Projet de déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones

C'est en 1989 que l'*Organisation des États américains* initie un processus consultatif en vue de l'adoption d'un instrument spécifique de protection des droits des autochtones.⁸⁸ La Commission interaméricaine est à l'origine de ce projet, dans la foulée des développements internationaux qui étaient alors en cours, et avait pour objectif de préparer un document en vue d'une adoption par l'Assemblée générale en 1992. Le processus consultatif, sous forme d'un questionnaire adressé aux gouvernements des États membres ainsi qu'à certaines organisations autochtones régionales, va constituer la base du travail d'élaboration des normes de la Déclaration. La Commission va déposer un premier projet fondé sur les réponses reçues et l'adopte en 1995.⁸⁹

Un *Groupe de travail chargé d'élaborer le Projet de déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, composé de représentants des États membres de l'OEA, fut créé peu de temps après l'adoption du projet afin d'analyser le contenu du texte en vue d'une soumission pour adoption finale à l'Assemblée générale. L'exclusion des autochtones des débats sur la révision du Projet ayant été fortement critiquée à l'origine, le Groupe de travail occupe depuis 1999 des fonctions similaires à celles du *Groupe de travail sur les populations autochtones* des Nations Unies. Initialement exclus du processus de révision du Projet, les autochtones intègrent dorénavant—et de plus en plus—les travaux de révision du Groupe de travail.⁹⁰

⁸⁸ *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, préc., note 50. Traduction française non officielle reproduite dans G. OTIS et B. MELKEVIK, préc., note 36, p. 145.

⁸⁹ *Résolution de l'Assemblée générale de l'Organisation des États Américains*, OÉA/AG/Res/1022, XIX-0/89, 1995.

⁹⁰ Voir Carol HILLING, «La protection des droits des peuples autochtones et de leurs membres dans les Amériques» (1996) 41 *McGill L. J.* 855, 876; Darlene SAMBO DOROUGH, *The status and rights of indigenous peoples in international law : the quest for equality*, Faculty of Law, University of British Columbia, 2002, p. 103.

Les droits prévus dans le Projet de déclaration, bien que sujets à révision, témoignent des avancées juridiques et politiques qui ont eu lieu au cours de sa préparation. Les nouvelles versions proposées portant sur la définition des peuples autochtones, sur leur droit à l'autodétermination et sur leurs territoires correspondent aux normes minimales actuellement reconnues. Cependant, ces propositions ne sont pas encore adoptées formellement. Le texte qui sert aux discussions et aux débats demeure donc celui adopté en 1995, et souffrirait selon certaines analyses de nombreuses lacunes par rapport aux standards normatifs développés depuis son élaboration.⁹¹

Le Projet de déclaration prévoit un éventail de protections culturelles et sociales des populations autochtones et encourage leur pleine participation à la vie politique de leur État. Il a pour influences principales la Convention 169 et l'Agenda 21 de la *Conférence de Rio sur l'environnement et le développement* de 1992.

ii) La Commission interaméricaine des droits de l'homme

Organe permanent de l'*Organisation des États américains* depuis 1967, la Commission interaméricaine, dont «la principale fonction consistera à promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme et à servir, dans ce domaine, d'organe consultatif à l'Organisation»⁹², est à l'origine de nombreuses interventions relatives aux conditions des populations autochtones.

L'influence de la Commission au sein de l'*Organisation des États américains* fut graduelle en raison de son statut d'origine, limité à une fonction consultative. Chargée au départ de promouvoir la *Déclaration interaméricaine des droits et devoirs de l'homme*, elle acquiert une double juridiction au moment de l'adoption de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, et intègre parmi ses activités des recommandations aux États et la présentation de rapports généraux ou

⁹¹ Selon Mme Hilling, le texte souffrirait entre autres de la non reconnaissance du statut des peuples autochtones, en ne leur accordant qu'une autonomie et des droits collectifs limités à un noyau minimal insuffisant : C. HILLING, préc., note 90, 876, 881 et 882.

⁹² *Charte de l'Organisation des États américains*, préc., note 82.

particuliers sur leurs comportements à l'Assemblée générale.⁹³ Sommairement, sa fonction actuelle est de veiller au respect et à la protection des normes contenues dans la Déclaration et sa juridiction porte à la fois sur les États parties à cette Déclaration ou à la Convention. Lors de la préparation de ces rapports, la Commission dispose de divers moyens pour recueillir de l'information, comme la constitution d'une commission d'enquête spéciale et la consultation d'experts.⁹⁴ Elle fournira l'occasion à l'État concerné de remettre ses observations avant de rendre son rapport public.

Outre ce système de rapports, elle bénéficie d'une compétence pour recevoir et examiner des communications individuelles.⁹⁵ Ces communications peuvent être soumises par n'importe quelle personne en connaissance d'une violation, sans contrainte quant à sa résidence, sa citoyenneté ou son lien avec la violation en question. L'individu voulant déposer une plainte n'est donc pas soumis à des règles procédurales strictes. Les recours internes doivent cependant être épuisés avant la saisine par la Commission, pour autant que les procédures nationales se soient déroulées dans le respect des droits judiciaires fondamentaux, notamment l'équité et la transparence du procès, l'impartialité et l'indépendance de l'appareil judiciaire. La Commission peut également, de sa propre initiative, saisir la Cour interaméricaine au nom d'un particulier, comme nous le verrons plus loin.

Le système des communications individuelles, pouvant inclure des communications émises par des groupes ou des organisations non gouvernementales, garantit à la Commission un éventail de mesures afin de faciliter la résolution du conflit à l'origine de la plainte. Elle peut en outre servir de médiateur dans le cadre

⁹³ C. HILLING, *Le système interaméricain de protection des droits de la personne et l'adhésion du Canada à l'OEA*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de Droit, 1992, p. 52-75. Les nouvelles fonctions de la Commission sont spécifiées dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, préc., note 86 et dans le *Statut de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme*, approuvé par la Résolution n°1 447 (IX-O/79) adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains à sa 9e session ordinaire tenue à La Paz, Bolivie en octobre 1979.

⁹⁴ *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme* (Adopté par la Commission lors de sa 109e session extraordinaire tenue du 4 au 8 décembre 2000, et modifié lors de sa 116e période ordinaire de sessions, tenue du 7 au 25 octobre 2002), art. 51 et 70.

⁹⁵ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, préc., note 86, art. 41 f), 44 et 46 à 48.

d'une procédure de règlement à l'amiable⁹⁶ ou demander des mesures préliminaires à l'État en cause, semblables à une procédure d'injonction interlocutoire, afin de prévenir la commission de dommages irréparables. Le dédoublement des procédures concernant la même violation est possible si la demande est présentée par deux entités différentes. Le même cas peut ainsi être étudié simultanément par plusieurs organisations internationales, notamment par le *Comité des droits de l'homme des Nations Unies*. Les Yanomamis du Brésil, par exemple, ont bénéficié à la fois de l'attention de l'*Organisation internationale du Travail*, du *Groupe de travail sur les populations autochtones* et de la Commission interaméricaine.⁹⁷

Les travaux de la Commission ne se pencheront pas systématiquement sur les autochtones avant 1993, dans la foulée de sa préparation de la *Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*. Dans le cadre de son mandat général de protection des droits de l'homme, elle contribuera à la création d'un corpus de normes s'appliquant aux autochtones et utilisera à cette fin diverses sources, considérant que la Déclaration universelle dont elle a la charge fait partie d'un bassin de normes internationales plus vaste.

iii) La Cour interaméricaine des droits de l'homme

Instituée aux termes de la Convention américaine qui est entrée en vigueur en 1978, la *Cour interaméricaine des droits de l'homme* est entrée en fonction en 1979. Ce tribunal s'est vu conférer une juridiction à deux niveaux considérée comme innovatrice en comparaison des autres cours internationales alors existantes.

Le premier niveau ne concerne que les États qui peuvent la saisir, une fois la procédure préalable et obligatoire devant la Commission achevée. Il s'agit des États

⁹⁶ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, préc., note 86, art. 48 (1).

⁹⁷ Pour la Commission interaméricaine: Case n. 7615 (Brazil), Inter-American Commission, Res. No12/85 (March 5, 1985), annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1984-1985, OS Doc. OEA/Serv.L/V/II.66, Doc. 10, Rev.1 (1985); pour l'*Organisation internationale du Travail*: Rapport de la Commission de l'application des normes, 87^e session, Genève, juin 1999; pour le Groupe de travail: *Discrimination envers les populations autochtones*, Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa treizième session (Genève, 24-28 juillet 1995) Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1995/24, 10 août 1995.

parties à la Convention et ayant accepté sa juridiction par déclaration⁹⁸; c'est sa compétence contentieuse. Elle peut toutefois ordonner des mesures conservatoires dans des affaires encore pendantes devant la Commission⁹⁹ et, depuis 2000, peut intervenir dans des cas où des États n'ont pas respecté les recommandations de la Commission. Ses jugements ont force de loi dans l'État mis en cause.

Le deuxième niveau réside dans sa compétence consultative. Elle s'exerce à l'endroit de tous les États membres de l'Organisation.¹⁰⁰ Les États peuvent donc la saisir en tout temps pour clarifier le sens de la Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains. Cette souplesse juridictionnelle a permis le développement d'une jurisprudence importante concernant les autochtones, et plus spécifiquement, de leurs droits territoriaux. Aux possibilités processuelles fournies par la Convention s'ajoute en effet une certaine latitude interprétative dont disposent ses juges, puisqu'à son article 29 il est indiqué que «la Convention ne doit pas être interprétée de façon à limiter les effets de la Déclaration interaméricaine». La Cour peut ainsi puiser, comme la Déclaration l'indique et à l'instar de la Commission, dans le droit international de la personne développé par d'autres institutions régionales et internationales.

c) L'Organisation des Nations Unies

L'*Organisation des Nations Unies* est la seule organisation politique qui peut prétendre à une certaine universalité. Elle représente le pinacle de l'idée du système universel dans lequel tous les peuples peuvent participer à la construction de leurs relations, leurs droits et leurs devoirs, ainsi qu'à l'édification d'une coopération internationale fondée sur la poursuite de buts communs. La quasi-totalité des pays existants en sont membres. Cette institution complexe possède plusieurs d'organes

⁹⁸ *Id.*, art. 62.

⁹⁹ *Id.*, art. 23.

¹⁰⁰ *Id.*, art. 64.

dédiés aux objectifs humanitaires de la *Charte de Nations Unies*¹⁰¹ lesquels couvrent de vastes pans de l'activité humaine. Ceux qui nous intéressent sont de deux ordres.

Le premier concerne les organes de surveillance conventionnelle –de traités— se consacrant à un instrument à caractère universel, où les droits ont une portée générale et s'inscrivent dans une philosophie individualiste des droits de l'homme. Leurs travaux, qu'ils prennent la forme de rapports, de recommandations ou de communications, possèdent généralement une influence plus imposante que ceux provenant d'organes qui ne sont pas des mécanismes de surveillance conventionnelle.

Le deuxième concerne les institutions spécialisées sur la question autochtone. Leur productivité à ce sujet est abondante et permet de sonder plus en profondeur l'orientation des normes en développement, mais sont moins influentes et ne constituent pas une autorité aux yeux du droit positif international.

i) Instruments à portée universelle et mécanismes de surveillance

(1) Le Comité des droits de l'homme et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

Le *Comité des droits de l'homme* est composé de 18 membres indépendants qui interagissent avec les États qui ont ratifié le Pacte. Cette interaction prend la forme traditionnelle de rapports, de plaintes des États et des individus auxquelles peut répondre le Comité sous différentes formes. Ces réponses, prenant généralement la forme de recommandations, sont privées de force exécutoire mais dotées d'un poids politique important.¹⁰² Le Comité fut créé sur la base du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰³ et constitue un organe de surveillance

¹⁰¹ *Charte des Nations Unies*, préc., note 23. L'article 1, al. 3 proclame que l'un des quatre buts de l'Organisation est de «réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion».

¹⁰² Jean-Maurice ARBOUR, *Droit international public*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, à la p. 396.

¹⁰³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 27, art. 28.

conventionnel chargé du respect de cet instrument fondamental en matière de droits de la personne. Bien qu'il s'agisse d'un organe administratif, le Comité est qualifié par certains de quasi-judiciaire, au regard de son système de plaintes individuelles.¹⁰⁴

Les États parties au Pacte doivent, tous les cinq ans, lui soumettre un rapport quant à leurs efforts de mise en œuvre des droits prévus par le Pacte, lequel est examiné par le Comité. Le Comité transmet un questionnaire plus spécifique aux États avant l'examen définitif du rapport, leur fournissant l'occasion de fournir des explications supplémentaires. L'évaluation de ces rapports est accomplie par un rapporteur spécial désigné pour chaque État.¹⁰⁵ Le Comité publie en dernier lieu ses observations finales, qui constituent une évaluation de la situation des droits de l'homme dans le pays concerné, accompagnées de recommandations et de suggestions.¹⁰⁶ Cette partie des travaux du Comité a pour objectif d'établir un dialogue constructif avec les États membres. L'introduction de nouvelles procédures durant les années deux mille a amené le Comité à agir de façon plus efficace, pouvant désormais faire état de situations de violation des droits humains particulières et déclencher une procédure de suivi.¹⁰⁷

Premier comité des Nations Unies à recevoir des plaintes individuelles, le *Comité des droits de l'homme* est considéré comme le chef de file dans ce type de procédure parmi les organes institutionnels non spécifiques aux autochtones. Cette procédure est prévue au protocole facultatif du Pacte¹⁰⁸ et est accessible aux ressortissants des pays membres. Elle prend la forme de communications écrites et son déroulement s'apparente à un litige. Les parties en cause ont ainsi l'occasion de répondre aux allégations de leur opposant. C'est à l'auteur de la requête que revient le fardeau de preuve initial, mais ce dernier se limite à établir une violation *primaef*

¹⁰⁴ Wouter VANDENHOLE, *The Procedures Before the UN Human Rights Treaty Bodies : Divergence or Convergence?*, Oxford, Intersentia, 2004, p. 29.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 92.

¹⁰⁶ *Id.*, p.97.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 98 et 168. Le Comité dispose également depuis 1990 de la possibilité de faire une demande de rapport spontanée lorsque survient une violation notoire des droits civils et politiques provoquant une situation d'urgence. Contrairement au Comité sur l'élimination de la discrimination raciale, cette procédure reste confinée au système de rapports; voir *infra*, p. 40.

¹⁰⁸ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) R.T.N.U. 306, art. 1 et 2.

facie (de prime abord) d'un article du Pacte. Le Comité peut toutefois considérer la plainte admissible sous une disposition différente que celle invoquée par la victime. Dans le cas d'une plainte correctement fondée, le fardeau de preuve est transféré à l'État concerné. L'admissibilité d'une plainte est astreinte à une série de conditions, notamment relatives à la non rétroactivité (l'État en cause doit avoir ratifié le pacte et le protocole avant la violation), à l'auteur de la violation, au dédoublement du recours et à l'épuisement des recours internes.¹⁰⁹

L'affaire *Ominayak*¹¹⁰ exemplifie certaines de ces contraintes processuelles. Elle constitue par ailleurs une décision importante dans le contexte des droits des autochtones que nous aurons l'occasion de considérer dans l'analyse du chapitre II.

En l'occurrence, le territoire traditionnel des plaignants se situait sur une ressource pétrolière convoitée par la province de l'Alberta. Les membres de la bande du lac Lubicon firent en conséquence l'objet d'une expropriation massive. Cette expropriation fut contestée par le biais de diverses poursuites devant le Secrétaire de district chargé du cadastre de la province de l'Alberta, la Cour fédérale du Canada et la Court of Queen's Bench de l'Alberta.¹¹¹ La bande de Lubicon Lake déposa sa première communication au *Comité des droits de l'homme* en 1984, alléguant une violation de l'article 1 du Pacte.¹¹² Elle fut jugée recevable par le Comité malgré plusieurs objections soulevées par le Canada relative à la procédure de recevabilité de la cause.

Le Comité considèrera la cause en fonction des questions qu'elle soulève au regard de l'article 27 du Pacte.¹¹³ Le fait que les plaignants ne constituaient pas un

¹⁰⁹ Voir W. VANDENHOLE, préc., note 104, p. 199 à 228.

¹¹⁰ *Bernard Ominayak, Chef de la Bande de Lubicon Lake c. Canada*, Communication n° 167/1984, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Doc. GAOR, 45^e Sess., Supp. n° 40

¹¹¹ Voir *Lubicon Lake Band et al. c. La Reine et al.*, [1980] 117 D.L.R. (3d) 247 et *Alberta c. Lubicon lake Band*, [1988] A.J. n° 1013

¹¹² L'article 1 prévoit à son premier alinéa que «Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel»: *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 27.

¹¹³ L'article 27 affirme que «dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en

peuple au regard du Pacte n'entraînera pas l'irrecevabilité de la cause. Un second argument présenté par les autorités canadiennes justifiant l'irrecevabilité de la cause concerne la règle de l'épuisement des recours internes. Le Comité jugea que même si des affaires étaient encore pendantes devant les tribunaux nationaux au moment du dépôt de la plainte par la Bande, l'urgence de la situation et le comportement des parties aux procès rendait impossible une saine administration de la justice, puisqu'il n'y avait «pas de remède efficace encore ouvert à la bande du lac Lubicon.»¹¹⁴ On constate ainsi que le Comité dispose d'une latitude appréciable dans un cas particulier en ce qui concerne les règles procédurales, lesquelles peuvent être assouplies au vu des enjeux que la cause représente.

La décision rendue par le Comité, préparée par un groupe d'experts désigné au cas étudié, ne crée pas d'obligations juridiques : elle est plutôt considérée comme une interprétation des obligations de l'État partie au Pacte. C'est pour cette raison que les décisions rendues par le Comité sont qualifiées de «constatations», même si leur forme est très semblable à celle d'un jugement.¹¹⁵ Elles contiennent dans la plupart des cas des recommandations pour mettre fin à la violation et réparer les torts causés par cette dernière. Une obligation de bonne foi incombe aux États d'appliquer les constatations émises par le Comité.

Les droits des autochtones, comme nous l'avons mentionné, ont souvent été étudiés et développés par le biais d'instruments de protection générale des droits de l'homme. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* fut utilisé dans cette perspective, avec un certain succès. Bien que rédigé en termes universalistes, cette Convention présente l'avantage de compter un nombre important de signataires et a permis au *Comité des droits de l'homme* de se pencher à plusieurs reprises sur le

commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue» : *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 27.

¹¹⁴ *Bernard Ominayak, Chef de la Bande de Lubicon Lake c. Canada*, préc., note 110, par. 29.3. et 3.2. Le comportement en question va en effet satisfaire l'une des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, à savoir l'inefficacité des recours disponibles et le manque de diligence du gouvernement.

¹¹⁵ W. SCHABAS, préc., note 59, p. 148. Schabas souligne ainsi qu'«il y a peu de doutes qu'elle soit considérée comme un jugement par les parties au litige. Ainsi, dans les milieux internationaux, les différents intervenants commencent à parler de la 'jurisprudence' du Comité.»

cas des autochtones dans l'interprétation de l'article 27.¹¹⁶ Nous le reprenons ici par souci de lisibilité :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Bien que cette disposition soit plutôt modeste, créant une obligation négative en empêchant les États de nier le droit des minorités à jouir de leur propre culture, elle est la seule protection des minorités qui soit incluse dans un traité relatif aux droits de l'homme universellement applicable.¹¹⁷ La notion de minorité y est entendue dans un sens large et ne dépend pas d'une reconnaissance étatique pour s'appliquer.¹¹⁸ L'article 27 fut invoqué à plusieurs reprises devant le Comité, ce qui permit le développement d'une interprétation plus précise de cette disposition, particulièrement quand elle est invoquée par les autochtones.

Les autochtones et le Comité ont utilisé cette disposition pour invoquer des droits qui sont spécifiques aux premiers tout en tentant de les distinguer des minorités nationales. Bien que partageant des caractéristiques communes, minorités et autochtones seront entendues comme deux concepts différents et relevant de deux dimensions des droits de l'homme, souscrivant ainsi aux développements doctrinaux en la matière. Les droits des minorités seront ainsi utilisés par les autochtones pour obtenir une première reconnaissance juridique mais ils n'y cantonneront pas la substance de leurs droits. Cet effort a produit des résultats intéressants qui peuvent être observés à travers la jurisprudence du *Comité des droits de l'homme*.¹¹⁹

Enfin, un apport non négligeable du Comité au développement des normes fondamentales autochtones se trouve dans ses observations générales. Ces dernières éclairent le développement interprétatif des droits reconnus par le Pacte et permettent de fournir aux États une ligne directrice quant à leur mise en œuvre. La plus influente

¹¹⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 27.

¹¹⁷ Martin SHEININ, «Indigenous Peoples' Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights», dans J. CASTELLINO et N. WALSH (dir.), préc., note 54, p. 3, à la page 4.

¹¹⁸ *Id.*, à la page 5.

¹¹⁹ Nous aurons l'occasion d'aborder cette question plus loin : *infra*, p. 65.

en ce qui a trait aux autochtones est l'*Observation générale n° 23*, qui présente une compilation des commentaires et des recommandations générales adoptées par les organes de traités sur la protection culturelle des minorités.¹²⁰

**(2) Le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale et la
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination
raciale**

Tout comme le *Comité des droits de l'homme*, le *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* est un organe de contrôle chargé de l'application et du respect d'un traité. Dans le cas du *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, il est chargé de veiller à l'application de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹²¹ par les États qui l'ont préalablement ratifié. Le fondement du Comité se trouve à l'article 8 de cette Convention. La composition du Comité est similaire aux autres organes de traité du système des Nations Unies, soit 18 experts désignés et élus par les États membres, avec l'assistance et la supervision d'un Secrétaire Général.¹²² Le mandat des experts est d'une durée de quatre ans, indéfiniment renouvelable, durant lequel ils disposent d'une indépendance et impartialité importante.¹²³

Les travaux du *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* ont eu un impact substantiel sur le développement et la protection des droits autochtones, dont la situation sociale et politique, caractérisée par la marginalisation, a pu être abordée de front grâce au droit à l'égalité et de son corollaire, la non-discrimination, dont le Comité a bien sûr le rôle d'assurer le respect. Le *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* bénéficie d'une large influence grâce au nombre

¹²⁰ *Observation générale 23, Article 27: Protection des minorités, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), en ligne : <<http://hrlibrary.ngo.ru/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm>> (consulté le 28 avril 2010)

¹²¹ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, A.G. res. 2106 A(XX), Annexe, 20 U.N. GAOR Supp. (n° 14) à la page 47, U.N. Doc. A/6014 (1966)

¹²² W. VANDENHOLE, préc., note 104, p. 10.

¹²³ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 121, art. 8, par. 1. Le Comité a insisté sur l'indépendance de ses membres, alarmé par la pression exercée par les États et d'autres groupes influents; *General recommendation IX, Independence of Experts (Application of Art. 8, par. 1)*, Doc. N.U. A/45/18, thirty-eighth session, 1990, alinéa 5.

important d'États signataires de la Convention.¹²⁴ En raison de ses règles de fonctionnement, ce comité est peu enclin à accepter l'intervention des organisations non gouvernementales dans ses travaux et entretient relativement peu de contacts avec les autres agences des Nations Unies.¹²⁵ Néanmoins, les activités de surveillance des États et les observations générales du Comité vont en faire un contributeur important aux droits autochtones.

Les mécanismes formels développés par le *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* sont de deux types; le système de rapports et la procédure d'alerte rapide concernant le suivi périodique des États, et un système de plainte individuelle. Conformément à l'article 9 de la Convention, les États parties, à tous les quatre ans, sont tenus de remettre au Comité un rapport sur les mesures législatives, judiciaires, administratives et autres entreprises dans le but de mettre en œuvre la Convention.¹²⁶ Un Rapporteur spécial en tiendra compte pour établir une liste de questions qui seront abordées durant les sessions biennuelles. Le Comité va émettre, en réponse au rapport, ses observations particulières qui abordent tour à tour l'implantation de la Convention, les aspects positifs relevés et ses recommandations et suggestions, auxquelles l'État concerné doit donner suite.

Dans le cas d'une absence de participation répétée d'un État, ce dernier est placé sur une liste publique indiquant cette carence et reste soumis à la procédure d'intervention d'urgence. Cette dernière a été créée en 1993, à la suite des violations massives des droits fondamentaux en Yougoslavie.¹²⁷ Elle fut conçue pour répondre

¹²⁴ 174 États ont ratifié la Convention, tandis que 6 l'ont signé sans la ratifier. Les États principalement concernés par les autochtones en sont presque tous partie : site du Haut commissariat des droits de l'homme des Nations Unies, en ligne : <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd>> (consulté le 6 décembre 2010)

¹²⁵ W. VANDENHOLE, préc., note 104, p. 16, 18 et 77. Le comité n'accepterait des informations que par ses membres individuels, ce qui force les organisations extérieures à tenter de les faire passer par ces derniers.

¹²⁶ Des principes directeurs ont été récemment émis et divisent le rapport de l'État en deux parties, l'une dirigée par les *Directives harmonisées des organes de traités* (Doc. N.U. HR1/MC/2006/3) et l'autre par les directives spécifiques à la Convention pertinente : *Directive pour l'établissement du document se rapportant spécifiquement à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale présenté par les États parties conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention*, Doc. N.U. CERD/C/2007/1.

¹²⁷ Ces violations ont eu lieu durant les «Guerres de Yougoslavie». Ces guerres inter-ethniques résultent de la dislocation de la Yougoslavie à la fin de la guerre froide et de l'accès à l'indépendance,

rapidement à une situation de violation flagrante de la Convention sans devoir se soumettre à la procédure plus lente du système de rapports. Elle concerne donc «des problèmes qui exigent une attention immédiate pour empêcher ou limiter l'extension ou le nombre de violations graves de la Convention».¹²⁸ Ce mécanisme procède de façon similaire à celle des rapports, à la différence qu'elle peut être déclenchée à l'initiative du Comité.¹²⁹

Quant au mécanisme de plainte individuelle, il constitue une procédure optionnelle pour les États; l'article 14 de la Convention encourage ses adhérents à faire une déclaration permettant aux individus ou à un groupe de s'en saisir. La caractéristique facultative de cette procédure en a fait un mécanisme peu utilisé jusqu'à présent. Elle consiste en un échange de communications écrites et confidentielles qui sont éventuellement publiées sous forme de synthèse dans le rapport annuel du Comité. L'admissibilité d'une plainte est étudiée par un groupe de travail, qui pourrait demander des informations complémentaires à l'État. Elle doit être déposée par la victime de la violation reprochée, à la suite de l'épuisement des recours internes et limitée par une prescription de 6 mois. Le Comité pourra ensuite émettre une opinion, dans laquelle seront incluses ses recommandations à l'État pour réparer la violation.

La *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* comporte de nombreux articles pouvant être invoqués par les autochtones. La philosophie incarnée par cet instrument, comme le fait remarquer Patrick Thornberry, pourrait être considérée à première vue comme contreproductive pour les revendications autochtones.¹³⁰ La Convention garantit en effet la jouissance des

notamment, de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de la Macédoine, de la Slovénie et du Monténégro en 1991 et 1992.

¹²⁸ *Prévention de la discrimination raciale, alerte rapide et procédure d'urgence : document de travail adopté par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Doc. N. U. A/48/18, Annexe III.

¹²⁹ W. VANDENHOLE, préc., note 104, p. 166.

¹³⁰ Patrick THORNBERRY, «The Convention on the Elimination of Racial Discrimination, Indigenous Peoples and Caste/Descent-Based Discrimination», dans J. CASTELLINO et N. WALSH (dir.), préc., note 54, p. 17, à la page 18.

droits de l'homme à tous les *individus* sans égard à leur origine, race ou culture.¹³¹ La philosophie égalitariste qui sous-tend cet instrument considère tous les humains comme égaux, ce qui pourrait impliquer que cet instrument pourrait être interprété comme ne permettant pas d'octroyer à des groupes particuliers un statut et des droits différents du reste de la société. Les travaux du Comité ont toutefois démontré le contraire, n'assimilant pas la non-discrimination avec l'indifférenciation et, au contraire, affirmant la légitimité du pluralisme culturel au vu des objectifs de la Convention.¹³² Déclarant dans son préambule le rejet du colonialisme et de la supériorité d'une race sur une autre,¹³³ la Déclaration reconnaît notamment le droit à la propriété, à la religion et celui de prendre part aux activités culturelles.¹³⁴

Dans son rapport de 2007, émis suite à la remise par le Canada de son rapport périodique, le *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* émet une série de suggestions importantes au sujet des autochtones. Se rapportant à la recommandation générale XXIII, que nous verrons ci-après, ainsi qu'à l'article 5e) de la Convention, «le Comité engage [le Canada] à allouer les ressources voulues pour lever les obstacles qui empêchent les autochtones d'exercer leurs droits économiques, sociaux et culturels» et «d'appliquer pleinement sans plus tarder les recommandations que la *Commission royale sur les peuples autochtones* a formulées en 1996.»¹³⁵ Le Comité demande également au Canada le règlement de bonne foi des revendications territoriales et l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.¹³⁶

¹³¹ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 121, art. 1.

¹³² *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 14, Définition de la discrimination*, U.N. Doc. A/48/18, par 2.

¹³³ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 121, par. 4 et 6. Ce dernier affirme que «toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fautive, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse et que rien ne saurait justifier, où que ce soit, la discrimination raciale, ni en théorie ni en pratique.»

¹³⁴ *Id.*, art. 5, al. d) v, d) vii et e) vi.

¹³⁵ *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, soixante-dixième session*, Doc. N.U. A/62/18, par. 82 et 83.

¹³⁶ *Id.*, par. 86.

La procédure d'intervention urgente fut utilisée à de nombreuses reprises au profit des autochtones, particulièrement à l'encontre de l'Australie dans le cadre des droits territoriaux ancestraux. Ce mécanisme a l'avantage de porter certains cas à l'attention des organes centraux du système des Nations Unies, comme le *Haut-commissariat aux droits de l'homme* et le *Secrétariat-général*, appliquant une pression politique significative sur l'État visé. Ce sont surtout les recommandations générales du Comité qui vont aborder la question autochtone, dans le cadre de ses commentaires sur le concept de non-discrimination. Ces recommandations font partie du processus d'examen des États et permettent au Comité de proposer des lignes directrices guidant les États dans leurs pratiques, et leur servant de référence dans leurs rapports.

La *Recommandation générale XXIII* adoptée par le Comité lui-même en août 1997, traitera exclusivement des autochtones. Le Comité y insiste sur l'importance du devoir des États envers ceux-ci et resserre les exigences de suivi sur leur situation et le respect de leurs droits.¹³⁷

L'apport du *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* aux droits autochtones, surtout lorsque apprécié en tenant compte des limitations juridiques que présente la convention dont il a la charge, est considérable, tant pour ses observations qui servent de base interprétative et de référence, que pour ses activités de surveillance des États.

Le rayon d'action juridique d'un organe de traité, bien que disposant d'une capacité plus contraignante qu'un groupe de travail en périphérie du noyau des Nations Unies, se limite cependant à des interventions sporadiques qui abordent la question autochtone de façon limitée. Les organes spécialisés vont, quant à eux, permettre d'étudier de façon beaucoup plus substantielle les droits des peuples autochtones.

¹³⁷ *Recommandation générale XXIII (51) concernant les peuples autochtones, Adoptée à la 1235^e réunion du Comité, le 18 août 1997, Doc. N.U. CERD/C/51/Misc.13/Rev.4*

ii) Organes spécialisés sur les autochtones

(1) Le Groupe de travail sur les populations autochtones

Donnant suite aux recommandations du Rapporteur Spécial Cobo, la *Commission des droits de l'homme* et le *Conseil économique et social* vont approuver par résolution la création d'un *Groupe de Travail sur les Populations Autochtones* en 1982.¹³⁸ Cet organe était rattaché à la *Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme*, lui-même étant un organe subsidiaire de la *Commission des droits de l'homme*. La définition de son mandat, incluse dans cette résolution, s'articule autour de trois axes : la révision des avancements en matière de droits de l'homme relatifs aux autochtones, l'élaboration de normes internationales concernant les droits des peuples autochtones et l'étude des traités conclus entre les nations autochtones et les États actuels ou la colonie les ayant précédés.

Le groupe se dotera rapidement de principes de travail qui permettront une participation du plus grand nombre possible d'autochtones. Il fut le seul organe des Nations Unies spécialisé sur les autochtones jusqu'à la création du poste de *Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, en 2001. Les deux principaux domaines d'activités du groupe sont la revue de la situation des peuples autochtones selon les pays, que ce soit en matière sociale, économique ou politique, et le développement normatif, tout particulièrement ses travaux de préparation de *l'avant-projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*.¹³⁹

Composé d'un panel de 5 experts des droits de l'homme, membres de l'ancienne *Sous-commission des droits de l'homme*, le Groupe de travail présentait l'avantage de ne pas être dirigé par les représentants des États membres. Les organisations autochtones qui participaient au dialogue n'avaient pas à obtenir le statut consultatif habituellement nécessaire auprès du *Conseil économique et social*.

¹³⁸ Résolution du *Conseil économique et social* du 7 mai 1982, préc., note 33.

¹³⁹ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40. Nous examinerons plus en détail la contribution du *Groupe de travail sur les populations autochtones* dans l'analyse de la Déclaration: *infra*, p. 167.

Le déroulement des travaux procédait par séances annuelles, où l'on examinait divers thèmes reliés aux autochtones comme l'héritage culturel, l'éducation, la langue, les droits territoriaux, le développement et l'autodétermination. Aucun État n'était tenu de soumettre un rapport au groupe; malgré cela, une pratique généralisée de remise de comptes-rendus gouvernementaux s'est formée au début et s'est maintenue tout au long de l'existence du Groupe de travail. L'interventionnisme étatique s'est graduellement réduit au profit des opinions des groupes autochtones, permettant leur participation de plus en plus fréquente au sein des discussions.

Mis à part l'avant-projet de déclaration, certaines études du Groupe de travail contribueront à circonscrire la portée des normes applicables aux autochtones. Retenons particulièrement celle concernant les traités historiques conclus entre nations autochtones et colonisateurs, menée par le Rapporteur spécial M. Miguel Alfonso Martinez entre 1987 et 1999,¹⁴⁰ ainsi que l'étude de la propriété et du contrôle des biens culturels, dirigée par l'ancienne présidente du Groupe de travail, Mme Erica-Irene Daes.¹⁴¹ Outre ces travaux plus précis, la proclamation de *l'Année internationale des autochtones* et de la *Décennie internationale des autochtones* sera initiée par le groupe. On compte également parmi ses initiatives son intervention concernant le territoire des Yanomamis au Brésil, à l'époque menacé par des travaux miniers d'envergure.¹⁴² Le succès en a été quelque peu terni étant donné la poursuite des développements miniers, hydroélectriques et agricoles malgré l'opposition des populations tribales locales,¹⁴³ ce qui nous rappelle son statut strictement consultatif. La plate-forme constituée par le Groupe de travail a également permis d'établir un dialogue entre les organisations autochtones et les États concernés sous la forme de sessions axées sur une thématique particulière. L'abondance des rapports soumis par les organisations autochtones a permis le développement d'une vue d'ensemble de la situation des peuples autochtones et de leurs revendications, permettant une surveillance plus serrée du comportement des États.

¹⁴⁰ *Études des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, Rapport final*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1999/20

¹⁴¹ *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles, Rapport Final*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/2004/30

¹⁴² Voir *supra*, p. 32.

¹⁴³ Voir à ce sujet *Recherches amérindiennes au Québec* (1990) vol. XX, No 2, qui est consacré à cette question.

À partir de la création de l'*Instance permanente sur les questions autochtones*, qui est postérieure au Groupe de travail et dont nous allons voir les fonctions ci-après, ce dernier sera considéré comme un espace complémentaire à celui de l'Instance, laquelle n'a pas un mandat spécifiquement orienté sur les droits de l'homme.¹⁴⁴ Le Groupe de travail sera dissous en 2006, simultanément à son organe parent, la *Commission des droits de l'homme*.

(2) L'Instance permanente sur les questions autochtones

L'idée de la création d'un forum continu dédié aux populations autochtones fut soulevée pour la première fois durant la *Conférence mondiale des droits de l'homme* tenue à Vienne, en 1993. Ce projet faisait partie des deux objectifs principaux visés par la *Décennie internationale sur les populations autochtones*. Il représente pour certains la consécration de la reconnaissance des autochtones comme des acteurs à part entière au niveau international.¹⁴⁵

Son élaboration provient essentiellement des travaux d'un groupe d'experts. Les séminaires qu'il mena sur la question en 1995 et 1997 conduisirent à la proposition de révision des programmes, mécanismes et procédures existants pour les populations autochtones au sein des Nations Unies. Le *Secrétaire-Général des Nations Unies* sera chargé de cette tâche de révision.¹⁴⁶

L'Instance permanente fut désignée pour aborder spécifiquement les questions et les droits relatifs aux autochtones. Elle vise ainsi à pallier les lacunes existantes dans le système des Nations Unies, soit l'absence de lignes directrices universelles concernant leurs droits. Elle constitue en ce sens une plate-forme d'échange permanente entre gouvernements et organisations autochtones et sert à élaborer les mécanismes adéquats permettant la participation des peuples

¹⁴⁴ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 221.

¹⁴⁵ Lola GARCIA-ALIX, *The Permanent Forum on Indigenous Issues*, Copenhague, IWGIA, 2003; Cédric VIALE, *L'Instance permanente sur les questions autochtones de l'Organisation des Nations Unies*, Thèse de droit, Aix-Marseille III, 2003.

¹⁴⁶ Rapport de la révision : *Review of Existing Mechanisms Within UN concerning Indigenous People, Report of the Secretary-General*, Doc. N.U. UN/GA Doc : A/51/493, octobre 1996.

autochtones aux travaux des Nations Unies.¹⁴⁷ Elle fut donc créée sur la prémisse largement acceptée voulant que les demandes et revendications des autochtones ne pouvaient être adéquatement satisfaites par les organes et mécanismes déjà en place à l'*Organisation des Nations Unies*.

L'*Instance permanente sur les questions autochtones* fut créée par une résolution de la *Commission des droits de l'homme* en juillet 2000.¹⁴⁸ Elle est un organe subsidiaire du *Conseil économique et social*, et jouit ainsi d'une forte influence sur les travaux menés par les autres organes de ce Conseil. Elle siège à New-York et se rencontre annuellement, durant 10 jours.

Le rôle principal de l'Instance permanente est de veiller aux intérêts des peuples autochtones au sein du système des Nations Unies.¹⁴⁹ Dans ce dessein, son travail prend une forme opérationnelle et se distingue du Groupe de travail qui fut axé sur un modèle plus discursif. Elle doit en effet aviser et émettre des recommandations au *Conseil économique et social* sur des cas autochtones spécifiques, et promouvoir la conscientisation et la coordination des activités concernant ces situations au sein des Nations Unies.

Seize membres permanents, experts sur les questions autochtones, forment son conseil exécutif. La moitié d'entre eux sont nommés par son président, avec le concours de quelques organisations autochtones consultées à cette fin, tandis que l'autre est nommée par les membres du *Conseil économique et social*, donc des représentants des États.¹⁵⁰ Des experts autochtones y siègent donc en parité avec les représentants des gouvernements. Tous les membres permanents proviennent à part égale des grandes régions du globe.¹⁵¹ Des représentants autochtones ainsi que des

¹⁴⁷ *Id.*, par. 161-166.

¹⁴⁸ *Résolution de la Commission des droits de l'homme 2000/87; Création d'une instance permanente pour les populations autochtones*, 28 avril 2000, Doc. N. U. E/CN.4/2000/167

¹⁴⁹ L. GARCIA-ALIX, préc., note 145, p. 73.

¹⁵⁰ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 170.

¹⁵¹ Les membres nommés par les gouvernements sont élus par le *Conseil économique et social* (ECOSOC) parmi les cinq groupes régionaux d'États utilisés couramment dans l'ONU (l'Afrique, l'Asie, l'Europe de l'Est, l'Amérique latine et les Caraïbes; et l'Europe de l'Ouest et autres États). Les membres nommés par les organisations autochtones sont désignés par le Président de l'ECOSOC et

agences gouvernementales peuvent assister à ses réunions et faire part de leurs questionnements et recommandations.¹⁵²

Le forum a également reçu le mandat important de favoriser le «respect et la pleine application» des dispositions de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* et de veiller à «en assurer l'efficacité».¹⁵³ Ce mandat fut inséré dans le Projet de déclaration quelques années avant son adoption par l'Assemblée générale. Depuis 2007, elle doit donc s'assurer que les politiques des agences des Nations Unies respectent les normes prévues dans la Déclaration et organise des débats sur les différentes façons de les mettre en œuvre.¹⁵⁴ Elle est appuyée dans cette tâche particulière par un *Groupe d'appui interorganisations pour l'Instance permanente sur les questions autochtones*, qui s'active depuis 2002 à établir un réseau efficace entre les différentes agences onusiennes et non gouvernementales intéressées par ces questions.¹⁵⁵ Le travail relatif aux recommandations s'est avéré prolifique, avec au terme des 1^{ère} et 3^{ème} sessions, 294 recommandations formulées, dont l'application au sein des États concernés ont été constatées lors de la cinquième session de l'Instance.¹⁵⁶

L'état des travaux de l'Instance permanente, à l'heure actuelle, concerne surtout la révision des divers programmes des Nations Unies visant les autochtones.

sont représentatifs des sept régions socioculturelles déterminées afin de donner une plus ample représentation des peuples autochtones dans le monde. Les régions en question sont: l'Afrique, l'Amérique Centrale et du Sud et les Caraïbes, l'Arctique, l'Europe de l'Est, l'Asie centrale, Fédération de Russie et la Transcaucasie, l'Amérique du Nord et le Pacifique. Source : site de l'instance permanente sur les questions autochtones, en ligne : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/fr/about_us.html> (consulté le 1^{er} août 2010)

¹⁵² Pour un résumé du fonctionnement de l'Instance permanente, voir : *Note du Secrétariat : Matrice sur les mécanismes et organes des Nations Unies relatifs aux Peuples autochtones*, Doc. N.U. IMWGIP/2007/CRP.1

¹⁵³ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40, art. 42.

¹⁵⁴ Marie LÉGER, «L'histoire de la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones», (2007) XXXVII (2-3) *R.A.Q.* 145, p. 153.

¹⁵⁵ Voir par exemple le dernier *Rapport du Groupe d'appui interorganisations pour l'Instance permanente sur les questions autochtones sur les travaux de sa session de 2005*, Doc. N. U. E/C.19/2006/3, 26 janvier 2006.

¹⁵⁶ Le rapport remis au *Conseil économique et social* conclut que «si toutes les recommandations n'ont pas encore été appliquées, beaucoup des plus importantes d'entre elles l'ont été ou sont en cours d'application» : *Analyse des recommandations formulées par l'instance permanente sur les questions autochtones à ses première et troisième session et progrès accomplis dans leur application*, Doc. N. U. E/CN.19/2006/9, 31 mars 2006, chap. VI, par. 23.

L'examen en cours permet à cette dernière de participer à l'interprétation des droits autochtones, leur mise en œuvre et leur pleine application, ce qui contribue à l'édification de standards internationaux applicables aux institutions internationales et aux États.¹⁵⁷ Plusieurs documents informatifs ont vu le jour au cours des sept dernières sessions, auxquelles contribuent le Secrétariat, les États membres, les organisations intergouvernementales et non gouvernementales, par exemple un *Atelier sur le consentement libre et éclairé* et un sur la *Bonne gouvernance*.¹⁵⁸

L'Instance permanente s'est dotée d'un Secrétariat spécialisé qui l'assiste dans ses tâches administratives et techniques, ainsi que dans son mandat plus général de conscientisation du public aux questions autochtones.¹⁵⁹ La huitième session a abordé plus spécifiquement les méthodes de mise en œuvre de la Déclaration. Les travaux disponibles à cette heure comprennent notamment un guide sur les principes contenus dans la Déclaration concernant les modes de propriété foncière et les ententes existantes sur leur gestion.¹⁶⁰

L'Instance permanente, vu l'ampleur des objectifs assignés par les Nations Unies concernant la révision, le développement et la constitution de normes exclusives aux autochtones et de mécanismes efficaces pour leur mise en œuvre, sera rapidement assistée dans cette tâche par deux autres organes spécialisés sur les autochtones.

¹⁵⁷ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 220.

¹⁵⁸ Voir à ce sujet les travaux des ateliers de l'Instance permanente, en ligne : <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/workshops.html>> (consulté le 12 septembre 2009)

¹⁵⁹ *Rapport de la première session de l'Instance permanente sur les questions autochtones*, E/CN.19/2002/3/rev.1.

¹⁶⁰ *Permanent Forum on Indigenous Issues : A draft guide on the relevant principles contained in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, International Labour Organisation Convention No. 169 and International Labour Organisation Convention No. 107 that relate to Indigenous land tenure and management arrangements*, Doc. N.U. E/C.19/2009/CRP.7, 21 avril 2009

(3) Le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones

Le poste de Rapporteur spécial fut créé au même moment que l'Instance permanente, en 2001. Il fut institué par l'ancienne *Commission des droits de l'homme*, dans le cadre des procédures spéciales qu'elle pouvait initier.¹⁶¹ Le rapporteur est « une procédure spéciale », c'est-à-dire un mécanisme institutionnel créé par la *Commission des droits de l'homme* —puis, suite à sa dissolution, par le *Conseil des droits de l'homme* —dont la fonction est de se consacrer à une question thématique ou à l'étude des droits fondamentaux dans un pays spécifique. Elle peut prendre la forme d'un poste individuel, soit le Rapporteur spécial. Le mandat de ce dernier comprend la collecte d'informations, tant auprès des États que des organisations non gouvernementales, sur les violations des droits humains. Il peut formuler des recommandations pour remédier ou prévenir ces violations —en cours ou imminentes—tout en travaillant en collaboration avec les autres experts œuvrant dans les autres institutions liés aux droits de l'homme.¹⁶²

Le Rapporteur spécial sur les peuples autochtones, quant à lui, est invité à assister aux travaux de l'Instance permanente et du Mécanisme d'experts, que nous verrons ci-après. Les travaux qu'il a accomplis depuis 2002, date du dépôt de son premier rapport, permettent de mieux comprendre son rôle, caractérisé par une approche interventionniste et investigatrice. Il complète les travaux plus théoriques de l'Instance permanente. Le Rapporteur peut également recevoir des communications individuelles dans des cas de violation des droits fondamentaux; celles-ci pouvant prendre deux formes : les appels urgents, dans les cas de danger imminent de violations individuelles ou collectives, et des lettres d'allégation, dans les cas où les violations se sont déjà produites.¹⁶³ Notons que l'objet de ces communications couvre un large éventail de violations possibles, incluant les

¹⁶¹ *Résolution de la Commission des droits de l'homme 2001/57*, Doc. N.U. E/CN.4/DEC/2001/571, 24 Avril 2001. La *Commission des droits de l'homme*, en fonction entre 1946 et 2006, était le principal organe des Nations Unies chargé des droits de l'homme.

¹⁶² S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 223.

¹⁶³ Voir le site du *Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, en ligne : <<http://www2.ohchr.org/french/issues/indigenous/rapporteur/communications.htm>> (consulté le 6 juillet 2010)

usurpations territoriales. Les règles de procédures sont très souples à l'égard des plaignants, puisqu'aucune condition de forme ne s'impose pour pouvoir soumettre de l'information à l'attention du Rapporteur spécial.

Ses visites dans différents pays permettent au Rapporteur de faire un pont entre le droit international et national et ses bénéficiaires, œuvrant à combler le déficit de mise en œuvre des normes relatives aux autochtones.¹⁶⁴ Suite à une demande de la *Commission des droits de l'homme*,¹⁶⁵ le Rapporteur réalisera une étude «concernant les meilleures pratiques réalisées pour donner suite aux recommandations incluses dans son rapport annuel»,¹⁶⁶ qui rassemble les moyens de mise en œuvre les plus efficaces des normes internationales relatives aux autochtones. Le Rapporteur spécial mène également des études thématiques spécifiques liées aux intérêts des peuples autochtones. Il les présente sous la forme de rapports annuels devant l'Assemblée générale ou le *Conseil des droits de l'homme des Nations Unies*. Ces rapports se concentrent sur les mesures existantes pour la mise en œuvre des droits autochtones, exposant leurs avantages et inconvénients. Au nombre de ces rapports se trouvent notamment des études de l'impact des projets de développement, de l'administration de la justice et des systèmes d'éducation¹⁶⁷ ainsi que des suivis du développement et de l'implantation des normes internationales.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Le déficit de mise en œuvre des normes de protection des autochtones constituerait l'aspect le plus important de la cause autochtone : *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, M. Rodolpho Stavenhagen, «*Indigenous issues*», Doc. N.U. E/CN.4/2006/78/Add.1, par. 5. Voir également Stephen ALLEN, «The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context», dans S. ALLEN et A. XANTHAKI (dir.) *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

¹⁶⁵ Par la résolution 2005/51, Doc. N.U. E/CN.4/2005/L.10/Add.15

¹⁶⁶ Doc. N.U. A/HRC/4/32/Add.4, 26 Février 2007

¹⁶⁷ Contenus dans les *Rapports annuels du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, M. Rodolpho Stavenhagen à la *Commission des droits de l'homme* entre 2003 et 2005 : Doc. N.U. E/CN.4/2003/90, Doc. N.U. E/CN.4/2004/80 et Doc. N.U. E/CN.4/2005/88

¹⁶⁸ Voir le *Rapport annuel du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtone*, M. Rodolpho Stavenhagen au *Conseil des droits de l'homme*, Doc. N.U. A/HCR/6/15, 15 novembre 2007

Le Rapporteur a également eu l'occasion de présenter une étude sur la mise en œuvre des droits de l'homme à la lumière de la Déclaration en 2008.¹⁶⁹ Cette étude fait suite à sa propre déclaration qui suivit l'adoption de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, où il affirma son intention d'utiliser cet instrument dans le cadre de ses travaux et de ses enquêtes.¹⁷⁰ Cependant, avec la création récente du *Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, les études spécifiques du Rapporteur risquaient de faire double emploi; c'est pourquoi il se concentre depuis lors sur son rôle d'investigation, tout en collaborant avec les autres organes sur des travaux plus théoriques. Le rapporteur actuel est M. S. James Anaya, qui a succédé à M. Rodolpho Stavenhagen en 2008.

(4) Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones

La création toute récente du Mécanisme d'experts nous empêche d'apprécier l'état des travaux dont il a la charge au sein des Nations Unies. Cependant sa seule existence est porteuse de sens et permet de mesurer son éventuelle contribution aux droits des autochtones. Devenant le troisième organe spécialisé en la matière en 2008,¹⁷¹ le Mécanisme d'experts complète les activités de l'Instance permanente et du Rapporteur spécial en effectuant des études fondamentales liées aux problématiques autochtones. Il poursuit en ce sens une partie des activités dont le *Groupe de travail sur les populations autochtones* avait la charge.¹⁷²

Il fut créé à la suite d'une réunion informelle du *Conseil des droits de l'homme* tenue en 2007 pour discuter sur les mécanismes les plus appropriés pour poursuivre les travaux du *Groupe de Travail sur les Populations Autochtones*. Il constitue un mécanisme d'experts subsidiaire au *Conseil des droits de l'homme* avec un mandat spécifique. Il est composé de 5 experts, conformément aux règles de procédure du

¹⁶⁹ *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people[s], S. James Anaya : The Human Rights of Indigenous Peoples, in Light of the New Declaration, and the Challenge of Making them Operative*, Doc. N.U. A/HRC/9/9, 5 août 2008

¹⁷⁰ M. LÉGER, préc., note 154, p. 153.

¹⁷¹ *Résolution 6/36 du Conseil des droits de l'homme*, Doc. N.U. A/HRC/RES/6/36, 14 décembre 2007.

¹⁷² *Id.*, alinéa 4.

Conseil, qui se réunissent annuellement pour discuter de leurs recherches dont le thème est déterminé par le Conseil. L'expertise thématique fournie par ce mécanisme est essentiellement axée sur des études et des travaux de recherche.¹⁷³ Les experts déterminent eux-mêmes les méthodes appropriées pour accomplir leurs tâches.¹⁷⁴ Le Rapporteur spécial et un membre de l'Instance permanente sont invités à assister et participer aux travaux. Les États, les organisations non gouvernementales, les institutions nationales des droits de l'homme et les universitaires peuvent participer aux sessions du Mécanisme à titre d'observateurs.¹⁷⁵

La deuxième session, tenue en 2009, fut consacrée au droit à l'éducation. Un atelier de travail fut également consacré aux rapports entre sociétés d'exploitation de ressources naturelles, peuples autochtones et droits de l'homme.¹⁷⁶

Conclusion du premier chapitre

Comme nous avons pu le constater, la présence autochtone au niveau international, qu'elle prenne la forme d'une réelle préoccupation institutionnelle menant à un développement normatif spécifique ou d'une participation des autochtones à ces mêmes institutions en tant qu'acteurs, est florissante. Le phénomène du mouvement global de l'«autochtonité» confirme l'attention grandissante portée par les États aux quêtes normatives des autochtones. Les institutions politiques internationales accordent désormais une place privilégiée aux revendications des peuples autochtones. De façon similaire, le fondement philosophique du droit produit par ces organisations semble graduellement changer de paradigme pour accommoder les particularités identitaires autochtones. Le droit international emprunte donc résolument le chemin du pluralisme culturel et répudie la philosophie assimilationniste qui a présidé à la pensée du colonialisme.

¹⁷³ *Id.*, alinéa 1 a).

¹⁷⁴ *Id.*, alinéa 7.

¹⁷⁵ Voir le site du *Haut-commissariat des Nations Unies sur les droits de l'homme*, en ligne : <<http://www2.ohchr.org/french/issues/indigenous/ExpertMechanism/mandate.htm>> (consulté le 28 avril 2010)

¹⁷⁶ *Atelier international sur les sociétés exploitant les ressources naturelles, les peuples autochtones et les droits de l'homme : mise en place d'un cadre pour les consultations, le partage des bénéfices et le règlement des différends*, Doc. N.U. A/HRC/EMRIP/2009/5, 3 juillet 2009

Cette armature institutionnelle, au même titre que les normes que ces institutions créent ou appliquent, nous indique que la particularité des autochtones nécessite un corpus juridique distinct et des institutions spéciales, où à tout le moins que les institutions existantes doivent offrir une interprétation différente des normes de portée générale lorsqu'elles traitent des autochtones. Quelque chose dans l'identité autochtone les distingue donc des autres minorités culturelles existantes. La résistance exceptionnelle à laquelle les autochtones ont fait face afin d'obtenir une reconnaissance de leurs revendications spécifiques indique également que cette dernière soulève des questions importantes pour le système juridique et politique international. C'est à ces questions que se consacre la deuxième partie de ce mémoire.

Les éléments identitaires qui justifient un traitement différencié et spécifique des peuples autochtones nous serviront de point de départ pour révéler les questions qui sont soulevées par le traitement particulier des autochtones. Nous verrons que la prise en considération de ces éléments vient ébranler les théories libérales sur lesquels repose la légitimité même du pouvoir des États.

CHAPITRE II. LE DÉVELOPPEMENT NORMATIF AUTOCHTONE AU REGARD DE LA THÉORIE POLITIQUE

L'identification des bénéficiaires des normes spécifiques aux autochtones constitue une question complexe au niveau international. Cette complexité se révèle non seulement au niveau de l'élaboration de critères de définition qui se doivent d'être à la fois précis et universels, mais également au niveau des fondements normatifs des revendications que réclament les peuples autochtones. Ces deux niveaux sont en effet interdépendants et, d'une certaine façon, mutuellement influencés.

Nous verrons, dans la première section, que l'identification des critères définitoires de l'«autochtonie», critères dont la finalité est de cerner la *spécificité* autochtone, est absolument indissociable d'une réflexion sur les fondements normatifs de leurs revendications. Ces fondements appellent et légitiment l'octroi de certains droits, droits qui sont exclusifs à l'individu et à la communauté autochtones. Ces fondements normatifs entraînent cependant divers problèmes théoriques, tant dans leur articulation interne que dans leur articulation avec le libéralisme. Ces problèmes théoriques seront abordés plus avant dans la deuxième section de ce chapitre.

1) Les titulaires des droits des autochtones et les enjeux d'une définition de l'autochtonie

La réclamation d'une identité distincte constitue un intérêt vital pour les autochtones. Cette identité se trouve à la source de la raison d'être des normes qui leur sont spécifiques. Elle permet également d'assurer à ces derniers l'accès et la jouissance de ces normes. Dans leur effort d'affranchissement d'une domination politique, les autochtones cherchent à se réapproprier les éléments identitaires qui ont été modelés par les politiques étatiques et dont ils dépendent encore aujourd'hui. Réussir ce passage implique une révision de ces éléments identitaires, la plupart du temps fondés sur une ascendance généalogique,¹⁷⁷ sans compromettre les objectifs poursuivis par les revendications autochtones.

Les États, cherchant à identifier les titulaires de droits susceptibles d'imposer un lourd fardeau institutionnel et financier, insistent également sur une identification précise des bénéficiaires. Une terminologie formelle du groupe visé par ce corpus normatif est donc cruciale à la mise en œuvre des droits autochtones.

L'importance de l'élaboration d'une définition claire se trouve décuplée par leur situation politique et sociale actuelle, typiquement caractérisée par des conditions de vie accablantes, une marginalisation sociale et une absence de pouvoir politique. La particularité du mouvement autochtone au niveau international explique cependant la difficulté d'un tel exercice de définition. La portée de l'autochtonie va en effet évoluer de façon concomitante avec le développement du mouvement autochtone et se révèle ainsi tributaire de la capacité de cette définition à accueillir tous les peuples qui participent à ce mouvement. Les variables sémantiques de l'autochtonie sont conséquemment dépendantes de l'évolution des divers acteurs impliqués dans la reconnaissance des autochtones en tant que catégorie distincte des autres collectivités :

Ces transformations ou altérations [du vocabulaire juridique désignant les collectivités autochtones] dépendent, en effet, des discours émanant de divers organismes, États ou autorités publiques, et répondent à des

¹⁷⁷ C'est notamment le cas du Canada : voir *infra*, p. 80.

logiques juridiques diversifiées selon les régions, selon les pays, selon les régimes politiques.¹⁷⁸

L'absence d'un accord commun sur les critères constitutifs de l'autochtonie témoigne à la fois de la complexité de la question et des enjeux politiques qui sous-tendent cette définition. Il s'agit tout d'abord d'embrasser par une définition universelle et suffisamment précise une population très nombreuse et dont les variables historiques et culturelles sont pour ainsi dire innombrables.¹⁷⁹ Leur expérience historique collective se trouverait néanmoins à la source de leur rassemblement en une coalition mondiale. Les principes qui gouvernent les critères d'identification seraient fondés sur le rapport particulier entretenu par les autochtones avec les cultures dominantes, c'est-à-dire celles qui limitent leur autonomie politique et qui régissent leur existence. Les critères déterminants de l'autochtonie s'articulent ainsi en fonction d'une pression «globalisée» de la modernité, contre laquelle ils viennent s'opposer.¹⁸⁰ Geneviève Koubi et Isabelle Shulte-Tenckhoff en déduisent ainsi que l'identification d'un peuple autochtone ne peut se faire qu'en opposition à l'histoire coloniale occidentale :

C'est la situation d'exclusion et de marginalisation des habitants originels d'États appartenant tous aujourd'hui, significativement, au "premier monde", qui a amené la question autochtone à l'ONU. [...] L'"autochtonie" ne peut donc être conçue qu'en fonction de l'expansionnisme et du colonialisme de l'Occident.¹⁸¹

Cette prémisse est cependant porteuse de conséquences. Comme le résume Benedict Kingsbury, l'opinion généralisée soutient en effet que l'argument principal justifiant la création d'une catégorie juridique distincte pour les autochtones se trouve dans la privation immorale de leurs territoires, leur autonomie gouvernementale,

¹⁷⁸ Geneviève KOUBI et Isabelle SHULTE-TENCKHOFF, «"Peuples autochtones" et "minorité" dans les discours juridiques : imbrications et dissociations», (2000) (45) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1, 2.

¹⁷⁹ Les autochtones compteraient plus de 300 millions d'individus, répartis dans plus de 70 pays, et parlant de 4000 à 5000 langues différentes, selon les estimations de l'ONU : *Fiche d'information no 9* (Rev. 1), Nations Unies, décembre 1997. Une étude plus récente ferait état de 370 millions d'autochtones dans le monde, dispersés dans quelques 90 pays et localisés principalement en Asie : Site de l'*Instance permanente sur les questions autochtones*, en ligne : <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/history.html>> (consulté le 15 mars 2010)

¹⁸⁰ S. ALLEN, «The Consequences of Modernity for Indigenous Peoples: An International Appraisal» (2006) 13 *Int'l J. on Minority & Group Rts.* 315, 336.

¹⁸¹ G. KOUBI et I. SHULTE-TENCKHOFF, préc., note 178, 7.

leurs modes de vie, leur langue et leur identité.¹⁸² Cette approche de l'autochtonie fait appel à l'histoire et la culture d'un groupe.¹⁸³ D'un point de vue pragmatique, cette justification peut s'avérer efficace dans le contexte assez simple d'une colonisation où l'on peut aisément discerner l'autochtone du colonisateur et les violations commises par ce dernier. Cependant figer cette justification dans des critères rigides, capable de fonctionner en tant que formule abstraite représentant plusieurs types de sociétés —soumises à un rythme effréné d'évolution culturelle et économique— est au contraire immensément difficile. Elle entraîne, d'une part, une notion polarisée entre l'autochtone et le non-autochtone qui peut entraîner la quête effrénée d'une authenticité culturelle et, d'autre part, entraîner le rejet d'une grande partie d'individus qui, sans satisfaire ce critère de domination et de marginalisation historique, se définissent pourtant comme autochtones.¹⁸⁴

Les enjeux de cette définition sont ainsi très sérieux autant pour les États que pour les autochtones. En raison des différentes difficultés entraînées par l'identification de ces titulaires de droits, certains auteurs plaident qu'une définition précise de l'autochtonie est inutile et ne pourrait que porter préjudice à ceux qui s'en réclament.¹⁸⁵ Alexandra Xanthaki est d'avis qu'une définition formelle de l'autochtone s'inscrit dans une logique coloniale indésirable et doit conséquemment être abandonnée :

¹⁸² Benedict KINGSBURY, «Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law», (2001-2002) 34 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 189, 244.

¹⁸³ Ainsi, Karena Shaw explique qu'une expérience politique unificatrice est suscitée par le colonialisme. Cette expérience provoque un développement identitaire axé sur les caractéristiques culturelles du groupe réprimé: «As the category of "Aboriginal" or "Indigenous" or "First nation" didn't exist as a viable category except in the colonial history, it was the colonial history itself that often gave meaning and viability to the category, or identity. Thus the shared cultural characteristics, as expressed in and overlaid with their production as colonial subjects, became crucial characteristics of shared political identity.» : Karena SHAW, *Leviathan's Angels-Indigenous Politics and the Limits of the Political*, Baltimore, The Johns Hopkins University, 1999, p. 148.

¹⁸⁴ B. KINGSBURY, préc., note 182, 244.

¹⁸⁵ Les commentaires du *Groupe de travail sur le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* expliquent que l'imposition d'une définition revient à fausser leur droit à l'autodétermination : « [...] une définition du peuple autochtone était inutile et ôter aux peuples autochtones le droit de se définir eux-mêmes revenait à circonscrire leur droit à l'autodétermination. Ce droit exigeait de laisser les peuples autochtones se définir eux-mêmes sans la moindre ingérence extérieure. » : *Rapport du Groupe de travail sur le Projet de Déclaration*: Doc N.U. E/CN.4/1996/84. Voir également J. Y. HENDERSON, préc., note 45, p. 43.

In fact, it is questionable whether a formal definition is desirable. Historically, indigenous peoples have been subjected to multiple definitions and classifications imposed by others; they stress that their right to define themselves, rather than being defined by others, must be respected. [...] Apart from undesirable, a formal definition would also be futile.¹⁸⁶

Une définition claire de l'autochtonie s'est cependant révélée être d'une grande utilité pour des collectivités relativement dénuées de pouvoir. Elle permet d'imposer la reconnaissance de leurs représentants. Son emploi dans les sphères politiques internationales s'est ainsi avéré efficace et productif pour la cause autochtone.¹⁸⁷ Considéré dans son rapport de pouvoir politique, le mouvement autochtone ne semble donc pas pouvoir se passer d'une définition pour exercer une pression sur les États. La fixation des barèmes de l'identité autochtone est donc nécessaire à la création d'un espace de protection reconnu par les États et les institutions internationales, espace qui se traduit généralement sous la forme de reconnaissance de droits.¹⁸⁸ Cet exercice doit trouver le point d'équilibre entre l'applicabilité d'une terminologie abstraite et la latitude qui doit y demeurer, permettant de maintenir le caractère dynamique de l'identité autochtone tout en embrassant la disparité factuelle entre ses sujets. La nécessité de pouvoir à la fois déterminer les bénéficiaires des normes actuellement élaborées et de contourner les définitions étatiques en font un sujet richement débattu.

a) La différenciation des autochtones des autres minorités et la notion de peuple

L'une des premières difficultés liée à la définition des peuples autochtones consiste à les distinguer des autres minorités existantes. Ces dernières bénéficient d'un régime de protection juridique qui se fonde sur des raisons qui s'apparentent, en partie, aux fondements normatifs des autochtones, prescrivant diverses mesures de protection culturelle. Leurs caractéristiques identitaires principales sont également

¹⁸⁶ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 9.

¹⁸⁷ B. KINGSBURY, «Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy», (1998) 92 *Am. J. Int'l. L.* 414, 415.

¹⁸⁸ Siegfried WIESSNER, «Indigenous Sovereignty: A Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2008) 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1141, 1163.

analogues. Ces notions renvoient toutes deux à une population unie par des liens culturels et spirituels, partageant une même langue et manifestant un désir de préservation de ces liens. L'origine des revendications des minorités et des autochtones est également similaire et s'oppose aux ingérences d'une puissance politique dominante. Les autochtones se considèrent néanmoins dans une catégorie différente de celle se rapportant aux minorités, se basant sur des arguments politiques, historiques, culturels et socio-économiques.

Les remèdes aux violations commises à l'encontre des autochtones sont jugés insuffisants lorsqu'elles sont traitées via les instruments de protection des minorités puisque «le droit des minorités est beaucoup plus restreint et ne met en œuvre que des droits individuels».¹⁸⁹ Bien que cette différence conceptuelle n'ait pas empêché les autochtones de recourir aux instruments de protection des minorités pour faire valoir leurs droits,¹⁹⁰ les autochtones prétendent relever de la notion de peuple. Les concepts de minorité et de peuple sont distincts dans le système des Nations Unies et dans les conventions développées à leur endroit.¹⁹¹ En vertu de ce statut différent — et contrairement aux minorités— les autochtones désirent s'extraire des structures étatiques existantes afin de créer un espace politique autonome où peuvent s'émanciper leurs particularités culturelles sous la forme de droits collectifs.

Cette allégation des autochtones constitue la pierre d'achoppement majeure de leurs revendications en droit international. Leur reconnaissance en tant que «peuple» ouvrirait la voie à l'octroi de prérogatives politiques souveraines aux nations autochtones au détriment de l'hégémonie étatique en la matière, tel que le droit international le reconnaît dans ses conventions fondamentales.¹⁹² On peut ainsi comprendre la résistance du système international face à l'adoption d'une

¹⁸⁹ F. DEROCHÉ, «La notion de “peuples autochtones” : une synthèse des principaux débats terminologiques», dans Jean-Claude Fritz, F. DEROCHÉ, Gérard FRITZ et Raphaël PORTEILLA, *La nouvelle question indigène: Peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 47, à la page 59.

¹⁹⁰ Par exemple en utilisant les dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir *supra*, p. 34.

¹⁹¹ B. KINGSBURY, préc., note 182, 237 et 238.

¹⁹² Nous aurons l'occasion de revoir en détail l'évolution du concept d'autodétermination des peuples: voir *infra*, p. 127.

terminologie aussi chargée de sens.¹⁹³ Malgré cela, on admet depuis peu la qualification des groupes autochtones comme étant des peuples dans les travaux des institutions internationales.¹⁹⁴ La portée de ce terme est généralement limitée aux fins visées par le document et ne doit pas être entendue comme conférant aux bénéficiaires un droit à l'autodétermination et à l'indépendance politique.¹⁹⁵

La confusion entre ces deux types de groupes serait maintenue et même exacerbée, notamment du fait que «l'ONU ne serait pas parvenue par le passé à élaborer des définitions suffisamment précises de ce que sont les “peuples” ou les “minorités”». ¹⁹⁶ Les éléments constitutifs de l'autochtonie actuellement reconnus par les institutions internationales diffèrent pourtant de ceux associés aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques. Cela indique la nécessité pour les autochtones de bénéficier d'un statut différent afin de protéger leurs particularités et d'éviter que leurs droits soient dictés par un système juridique philosophiquement intégrationniste.

Quatre éléments sont identifiés par Deroche afin de distinguer les autochtones des autres minorités existantes. En premier lieu, leur différence culturelle avec la société dominante serait profonde, se situant à l'opposé des valeurs propres au monde occidental et aurait pour caractéristique fondamentale une appartenance particulière au territoire. Deuxièmement, les autochtones seraient marqués par une marginalisation sociale quasi-endémique. Cette non-dominance entretient des liens étroits avec le troisième élément, fondé sur le fait que sont autochtones les personnes

¹⁹³ Voir D. SAMBO DOROUGH, préc., note 90, p. 147-149.

¹⁹⁴ Ainsi, une tendance à qualifier les autochtones de peuple serait grandissante dans les documents de plusieurs institutions internationales. Xanthaki cite parmi ces institutions la Banque Mondiale, la *Conférence Mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée des Nations Unies*, le *Programme des Nations Unies pour le développement* et la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* : A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 134.

¹⁹⁵ Voir *infra*, p. 129.

¹⁹⁶ Érica-Irène DAES, *Document de travail sur la notion de peuple autochtone*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996, par. 58. Selon Koubi et Shulte-Tenkhoff, cette confusion serait délibérément entretenue par les États afin de se préserver des conséquences d'une véritable reconnaissance —et donc d'une réelle décolonisation entendue au sens de l'octroi d'indépendance aux anciennes colonies— des peuples autochtones, en créant une zone d'incertitude à leur sujet: «En l'état, les instruments internationaux ont, de l'avis général, créé une situation où les peuples autochtones ne seraient ni minorité ni peuples...présupposant l'existence d'une “zone grise” entre les droits qu'ils sont en mesure de revendiquer et ceux revenant aux minorités (voire aux minoritaires)»: G. KOUBI et I. SHULTE-TENCKHOFF, préc., note 178, 18.

entretenant une filiation avec les personnes qui occupaient un territoire antérieurement à la colonisation.¹⁹⁷ Finalement, un dernier élément vient compléter la particularité identitaire autochtone, celui-ci d'ordre subjectif : celui de l'auto-identification. Ce quatrième élément se rapporte à la dimension politique des peuples autochtones.

Koubi et Shulte-Tenckhoff ont une position similaire à celle de Deroche sur les éléments identitaires essentiels à la définition des peuples autochtones: elles considèrent que les critères de distinction entre autochtones et minorités se trouvent dans «les modalités d'inscription des identités spirituelles et culturelles dans le temps de la colonisation et dans l'espace politique».¹⁹⁸ Ainsi, alors que les minorités sont de composition précaire et mobile, les autochtones possèdent une attache territoriale dont découlent des droits historiques, entretiennent avec l'État une relation de coexistence précaire et font preuve de «permanence existentielle» et de résistance à l'État.¹⁹⁹

S'il n'y a actuellement aucun consensus formel sur une définition précise de l'autochtone, la doctrine institutionnelle et académique a élaboré quatre critères fondamentaux généralement acceptés et tirés des travaux de Cobo. En effet, les travaux des institutions internationales sur l'identification des paramètres de l'autochtonie sont généralement guidés par une définition de travail élaborée par le rapporteur spécial des Nations Unies José Martinez Cobo. On retrouve cette définition dans les conclusions de son étude exhaustive sur la situation des autochtones dans le monde. Bien qu'elle soit basée sur des critères «indicatifs, préliminaires et provisoires»,²⁰⁰ cette définition est encore d'actualité et contient les éléments considérés essentiels à l'autochtonie :

Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui

¹⁹⁷ F. DEROCHÉ, préc., note 189, à la page 60.

¹⁹⁸ G. KOUBI et I. SHULTE-TENCKHOFF, préc., note 178, 26.

¹⁹⁹ *Id.*, 8 et 14.

²⁰⁰ J. R. MARTINEZ COBO, préc., note 31, par. 366.

dominant à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques.²⁰¹

On retrouve dans cette définition pratique les quatre critères principaux qui seront repris par les travaux internationaux sur la question.²⁰² Nous allons maintenant examiner ces éléments de définition plus en détail.

i) L'essence de l'autochtonie : le rapport culturel au territoire

L'étymologie du vocabulaire terminologique utilisé pour identifier les groupes autochtones peut nous éclairer sur le fondement de leur identité. Les divers termes utilisés découlent tous d'une appartenance territoriale: natif et autochtone, par exemple, ont été empruntés à la nomenclature scientifique pour renforcer cette idée. Le mot «autochtone», dont la souche grecque *khthon* signifie terre, prend alors le sens «d'issu du sol même où il habite».²⁰³ L'appellation «Premières Nations» comporte un sens similaire. Quant aux termes «indigène» et «aborigène», ils réfèrent à une personne originaire du pays où elle vit.²⁰⁴ Ces deux derniers termes furent cependant écartés des discours politiques actuels en raison de leur utilisation par la rhétorique coloniale du début du 20^e siècle ce qui eut pour effet de leur donner une connotation péjorative et paternaliste. Tous, néanmoins, «possèdent un dénominateur commun : celui de la priorité dans le temps en ce qui concerne l'occupation d'un lieu»,²⁰⁵ d'où découle les revendications territoriales concurrentes avec celles de l'État.²⁰⁶

²⁰¹ *Id.*, par. 379.

²⁰² Niezen identifie les éléments suivants partagés par les participants autochtones aux travaux des Nations Unies : une forme d'économie de subsistance; un territoire et une spiritualité antérieure à l'arrivée des colons et missionnaires; une langue et surtout une perte ou une destruction de ces mêmes éléments : R. NIEZEN, préc., note 1, p. 23.

²⁰³ Voir N. ROULAND, préc., note 13, p. 428.

²⁰⁴ F. DEROCHE, préc., note 189, à la page 50.

²⁰⁵ F. DEROCHE, préc., note 189, à la page 51.

²⁰⁶ G. KOUBI et I. SHULTE-TENCKHOFF, préc., note 178, 8. Nous allons aborder ce critère d'identification au point iii : *infra*, p. 72.

La particularité culturelle autochtone, souvent présentée comme holistique et caractérisée par une relation unique au territoire,²⁰⁷ serait telle qu'elle nécessiterait un aménagement particulier dans la société englobante. Les autochtones seraient ainsi dotés d'une spécificité culturelle distincte de celle de la société dominante dans laquelle ils vivent.²⁰⁸ Elle se différencie des caractéristiques culturelles des minorités nationales, qui partageraient le noyau de leur civilisation avec celui de la majorité. Ces dernières ne pourraient démontrer un lien intime marqué par l'interdépendance entre leurs activités culturelles distinctives et un territoire particulier.²⁰⁹ La principale caractéristique commune des cultures autochtones serait ainsi située dans leur rapport au territoire. C'est en effet «la terre qui définit le groupe [...], sa culture, sa destinée, ses caractéristiques culturelles et religieuses, ses diverses relations aussi bien à l'intérieur du groupe qu'avec d'autres groupes».²¹⁰ La synthèse des éléments pertinents en droit international, qu'effectue É.-I. Daes dans son *Document de travail sur la notion de peuple autochtone*,²¹¹ démontre un certain consensus sur cette qualification. Une approche fondée sur la différence culturelle autochtone sera en conséquence favorisée par plusieurs institutions internationales, à la fois dans leurs instruments et dans la jurisprudence qui en découle.

Dans un document de travail sur le rapport des autochtones à la terre, Mme Daes souligne l'influence des commentaires de Cobo sur le développement d'une nouvelle philosophie plus compréhensive et adaptée à la vision des autochtones sur la terre, le territoire et ses ressources.²¹² Cobo qualifie cette relation de «profondément spirituelle», constituant un «élément fondamental de leur existence et substrat de toutes leurs croyances, leurs coutumes, leurs traditions et leurs cultures». Conséquemment, «la terre n'est pas simplement un objet de possession et de

²⁰⁷ L'agenda 21 l'exprime ainsi : «Elles [les populations autochtones] ont développé au cours des générations une connaissance scientifique traditionnelle et holistique de leurs terres, de leurs ressources naturelles et de leur environnement» : *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Agenda 21)*, préc., note 44, ch. 26.1.

²⁰⁸ F. DEROCHE, préc., note 189, à la page 56.

²⁰⁹ J. GILBERT, préc., note 3, p. 131.

²¹⁰ F. DEROCHE, préc., note 189, à la page 56.

²¹¹ É.-I. DAES, préc., note 196, par. 43 à 46.

²¹² *Document de travail final établi par le rapporteur special, Mme Erica-Irène Daes, Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/2001/21, par. 15.

production [...], n'est pas une marchandise que l'on peut s'approprier, mais un élément naturel dont chacun peut jouir librement.»²¹³ Cette description de la vision du territoire traditionnel autochtone semble le rendre inaliénable puisqu'il «revêt une dimension collective importante», dont l'aspect intergénérationnel est essentiel à la survie des peuples autochtones, et va jusqu'à occuper des «fonctions sociales, culturelles, spirituelles, économiques et politiques».²¹⁴ Deroche rapporte qu'à travers la grande diversité des cultures autochtones et des territoires auxquels ils sont attachés, des traits communs ressortent de façon quasi-universelle : un rapport sacré, maternel ou fraternel au territoire, impliquant des liens généalogiques entre les humains et la terre et un rapport inversé de l'appropriation entre ces derniers, étant donné qu'ils appartiennent à la terre.²¹⁵

Cette conception du rapport particulier des autochtones au territoire sera reprise et développée par plusieurs institutions internationales. Dans l'affaire *Ominayak*, le *Comité des droits de l'homme* va reconnaître la violation par le Canada de l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques en raison de son exploitation des ressources naturelles sur une terre ancestrale de la bande de Lubikon Lake. Le Comité remarque qu'une absence de mécanisme judiciaire approprié menace la survie culturelle du groupe. Il y affirmera qu'un lien essentiel existe entre la survie de la culture d'un peuple et l'appartenance à son territoire traditionnel, l'une des premières références à ce sujet à l'époque :

«le Comité constate qu'au nombre des droits protégés par l'article 27 figure le droit pour des personnes d'avoir, en commun avec d'autres, des activités économiques et sociales qui s'inscrivent dans la culture de la communauté [...] Les inégalités historiques mentionnées par l'État partie et certains faits plus récents menacent le mode de vie et la culture de la Bande [...]»²¹⁶

Le Comité permettra ainsi à un groupe de se prévaloir de l'article du Pacte de façon collective, et relie l'usage d'un territoire selon des règles coutumières traditionnelles

²¹³ J. R. MARTINEZ COBO, préc., note 31, par. 189.

²¹⁴ *Document de travail final établi par le rapporteur special, Mme Erica-Irène Daes, Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, préc., note 212, par. 20.

²¹⁵ F. DEROCHE, préc., note 58, p. 269.

²¹⁶ *Bernard Ominayak, Chef de la Bande de Lubicon Lake c. Canada*, préc., note 110, par. 32.1 et 33.

à une pratique culturelle protégée par les instruments internationaux appropriés. Il reconnaîtra également que la survie culturelle du groupe dépend des moyens de subsistance qui proviennent de leur territoire.

Il fut également déterminé, dans une décision du Comité des droits de l'homme cette fois-ci, concernant la France, que le droit à la famille et à la vie privée prévu par le Pacte peut inclure certaines protections territoriales dans une situation concernant les autochtones.²¹⁷ Cette décision permet de démontrer le traitement interprétatif particulier dont bénéficient les autochtones devant le Comité. Ainsi, malgré l'inapplicabilité de l'article 27 en raison d'une réserve formulée par la France,²¹⁸ la relation spéciale avec leurs territoires détermine quand même le sens des autres droits prévus par le Pacte.

L'*Observation générale n° 23* du Comité va permettre de préciser ce lien élaboré dans *Ominayak* entre la préservation des cultures et les activités traditionnelles. Ces dernières émergent de façon contextuelle, selon la manifestation de la culture visée, et demandent une intervention positive de l'État afin de veiller à leur préservation.²¹⁹ L'exploitation traditionnelle des ressources naturelles fut reconnue comme partie intégrante de la protection culturelle prévue par le Pacte. Ainsi, certaines activités économiques et leur gestion peuvent être protégées par la disposition si cela constitue un élément essentiel de la culture en question.²²⁰ Un empiètement sur le mode de vie des autochtones ne mènera cependant pas

²¹⁷ *Hopu et Bessert c. France*, Doc. N.U. CCPR/C/60/D/549/1993, par. 10.3. Le Comité a déclaré la communication recevable en vertu des articles 14, par. 1, 17, par. 1 et 23, par. 1 du Pacte. (voir le par. 4.3 de la décision).

²¹⁸ Une réserve, en droit international, est une déclaration unilatérale faite par un État au moment de l'adoption sous quelque forme que ce soit à un traité qui a pour effet d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité à l'endroit de cet État. Ce moyen est prévu à l'article 2 d) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969*, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331. La réserve formulée par la France à l'endroit de l'article 27 du Pacte fut justifiée en vertu de l'article 2 de la Constitution de la République française, lequel inclut le principe d'égalité entre tous les hommes et refusant conséquemment un traitement fondé sur la différence entre ces derniers. Pour la réserve de la France, voir le site de la collection des traités des Nations Unies, en ligne : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec (consulté le 3 décembre 2010). Pour le système des réserves en droit international, voir J.-M. ARBOUR, préc., note 102, p. 92.

²¹⁹ *Observation générale 23, Article 27: Protection des minorités, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, préc., note 120, par. 7.

²²⁰ Ces conclusions se retrouvent dans l'affaire *Mahuika c. Nouvelle-Zélande : Observations du Comité des Droits de l'homme*, Doc. N.U. A/56/40.

nécessairement à une violation de leur droit. Un équilibre est recherché entre les intérêts légitimes de la société englobante, lesquels comprennent le droit au développement économique.

L'examen de cet équilibre requiert une évaluation des mesures gouvernementales pertinentes dans leur ensemble, lesquelles peuvent ainsi, une fois accumulées, outrepasser les limites d'un équilibre légitime. Cela fut souligné par le Comité des droits de l'homme dans *Lansmänn et al. c. Finlande*, qui opposait des éleveurs traditionnels de rennes aux propriétaires d'une carrière de pierre autorisée par le gouvernement finlandais.²²¹ La décision rendue par le Comité ne constata pas de violation de l'article 27, considérant que ces activités de développement économique n'avaient qu'un impact minimal sur la pratique des activités traditionnelles des Saamis et nous rappelant ainsi que les intérêts de la société nationale sont tout aussi légitimes que ceux des autochtones. Ces deux types d'intérêts doivent être en mesure de coexister.²²²

Les instruments internationaux spécialisés soulignent également cette particularité culturelle. La Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* reconnaîtra l'«importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires [...] en particulier [l]es aspects collectifs de cette relation».²²³ Le Projet de déclaration interaméricaine, dans le cadre de l'*Organisation des États américains*, convient aussi de l'importance de cette relation particulière, fondée sur un respect de l'environnement essentiel à leur survie,²²⁴ notamment pour leurs pratiques médicales

²²¹ *Lansmänn et al. c. Finlande*, Doc N.U. CCPR/C/52/D/511/1992

²²² *Id.*, par. 9.4 à 9.6.

²²³ *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, préc., note 43, art. 13 (1). Il est à noter que la Convention 107 reconnaissait également les droits de propriété des autochtones : «Le droit de propriété, collectif ou individuel, sera reconnu aux membres des populations intéressées sur les terres qu'elles occupent traditionnellement.» *C107 Convention relative aux populations indigènes et tribales, 1957*, préc., note 17, art. 11. Les droits fonciers protégés ne devaient pas, cependant, entraver le développement économique et social (art. 13 (1)), accordant ainsi priorité aux intérêts de l'État sur ceux des autochtones.

²²⁴ *Projet de déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*, préc., note 50, par. 3 et 6 du préambule.

traditionnelles.²²⁵ Le droit à la protection de leur environnement est inclus dans cette section, soulignant son lien intime avec les cultures autochtones.²²⁶ Le rapport spécifique entretenu par les autochtones avec leur territoire, «fondement de leur identité culturelle et le support indispensable de leur bien-être matériel»,²²⁷ a pu ainsi être reconnu par des instruments internationaux de portée universelle.

La *Cour interaméricaine des droits de l'homme* aura l'occasion d'aborder à plusieurs reprises la conception de la culture et de l'appartenance à un groupe qui mérite une protection spéciale. Le caractère unique de la relation entre les autochtones et leur territoire traditionnellement utilisé est d'abord clairement affirmé dans l'arrêt *Mary and Carrie Dann c. United States* :

Continued utilization of traditional collective systems for the control and use of territory are in many instances essential to the individual and collective well-being, and indeed the survival of, indigenous peoples.²²⁸

Cette conception de la culture comme fondement d'un traitement particulier des autochtones se retrouvera également dans l'arrêt *Yakye Axa*.²²⁹ Les juges y indiqueront que la garantie d'une jouissance pleine et égale des droits et libertés prévus à la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* doit s'assortir d'une considération particulière des caractéristiques culturelles des autochtones dans leur application.

C'est dans cette perspective que la Cour interaméricaine détermine l'étendue des droits territoriaux autochtones protégés par l'article 21 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, qui garantit à toute personne l'usage et la

²²⁵ *Id.*, art. XII.

²²⁶ *Id.*, art. XIII.

²²⁷ G. OTIS et B. MELKEVIK, préc., note 36, p. 27.

²²⁸ *Saramaka People c. Suriname*, requête n° 12338, arrêt, (28 novembre 2007) CIDH, en ligne : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf> (consulté le 22 juillet 2009), 128. Les juges se réfèrent ici au paragraphe 91 de l'arrêt *Mary and Carrie Dann v. United States*, report no75/02, petition n°11.140, IACHR (27 décembre 2002), en ligne : <<http://www.cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>> (consulté le 22 juillet 2009)

²²⁹ *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, arrêt, (06 février 2006) CIDH, en ligne : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_ing.pdf> (consulté le 21 juillet 2009)

jouissance de ses biens.²³⁰ Dans l'arrêt *Saramaka People c. Suriname*, qui porte sur une plainte de la *Commission interaméricaine des droits de l'homme* contre l'État du Suriname pour ne pas avoir respecté les droits du peuple Saramaka, elle estimera que les ressources naturelles protégées par l'article sont celles étant traditionnellement utilisées et nécessaires pour la survie, le développement et la continuation même de leur mode de vie.²³¹

Dans l'arrêt *Moiwana Village c. Suriname*, la Cour interaméricaine aura l'occasion de préciser le lien particulier au territoire qui donne naissance à l'identité autochtone. Le groupe en l'espèce prétend être un peuple autochtone alors qu'il n'est pas indigène —au sens commun du terme— du territoire qu'il revendique. Il fait partie des descendants d'une communauté ethnique nommée «N'djuka», à l'origine composée d'esclaves noirs déplacés par l'autorité coloniale des Pays-Bas. C'est dans l'appartenance spéciale des N'djukas à leur territoire et non sur la base d'une présence immémoriale que la Cour détermine leur statut d'autochtone, statut qui mérite un traitement différencié. En effet, leurs liens «uniques et durables» à leurs terres en font la base fondamentale de leur culture, leur vie spirituelle, leur intégrité et leur survie économique.²³²

La détermination de cette spécificité culturelle est cependant grevée de plusieurs problèmes de mise en œuvre. Ce critère d'identification comporte des risques d'exclusion injustifiables, étant donné qu'il met l'accent sur une dimension identitaire extrêmement flexible et subjective, à savoir une spécificité culturelle «authentique». Une distanciation entre un individu et cette dimension culturelle traditionnelle aurait ainsi pour effet de le dépouiller de son «autochtonité» et donc de l'exclure des titulaires des droits autochtones.

²³⁰ L'article 21 affirme :

« 1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social.

2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévus par la loi.

3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi. »

²³¹ *Saramaka People c. Suriname*, préc., note 228, par. 122.

²³² *Moiwana Village c. Suriname*, requête n°11821, arrêt, (15 juin 2005) CIDH, en ligne: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf> (consulté le 17 juillet 2009), par. 131.

L'approche de la Cour interaméricaine en matière de droits autochtones fonciers suggère donc une limitation de l'utilisation des ressources protégées à celles nécessaires à la préservation de l'intégrité culturelle, afin de maintenir ce mode de vie protégé. Ce critère soulève ainsi le problème de l'essentialisme culturel en matière juridique. Nous aurons l'occasion d'approfondir cette question dans la prochaine section.²³³ Contentons-nous de souligner pour l'instant l'affirmation de Siegfried Wiessner selon laquelle l'élément culturel de l'identité autochtone permet aux tribunaux et autres autorités décisionnelles d'identifier les bénéficiaires des droits autochtones. Son inclusion dans une définition resterait donc essentielle à la mise en œuvre de leur protection égale et non discriminatoire.²³⁴

ii) La non-dominance et la marginalisation

Ce critère sociopolitique, bien que souvent partagé avec les minorités, recouperait la situation de tous les autochtones. Il s'agit d'une exclusion des peuples autochtones à la participation des institutions publiques locales. Cette exclusion ne signifie pas une non-dominance numérique dans l'État où ils vivent, ce qui serait une condition obligatoire des minorités. Ce paramètre est exprimé de la façon suivante dans l'analyse de É.-I. Daes sur la notion des peuples autochtones :

Le fait d'avoir été soumis, marginalisé, dépossédé, exclu ou victime de discrimination, que cela soit ou non encore le cas.²³⁵

Confirmé par les travaux du *Groupe de travail sur les populations autochtones*, qui font état d'une minorisation politique, économique et culturelle des peuples autochtones et un niveau de vie inférieur quasi-endémique de leurs membres,²³⁶ ce critère place l'autochtone dans sa dimension historique, laquelle est bouleversée par le colonialisme, et justifie le besoin d'une réparation de cet écart social. Il ne fait cependant pas partie de tous les documents internationaux appelés à élaborer des

²³³ *Infra*, p. 113.

²³⁴ S. WIESSNER, préc., note 188, 1163.

²³⁵ É.-I. DAES, préc., note 196, par. 69.

²³⁶ F. DEROCHE, préc., note 189, à la page 57.

critères définitionnels autochtones.²³⁷ Quelle que soit la formulation utilisée par les auteurs, on se réfère pourtant à une situation de soumission du groupe au système d'un autre. Julian Burger parle ainsi d'une infériorité par rapport à une culture et une société dominantes.²³⁸ Kingsbury fait référence quant à lui à une expérience historique ou une vulnérabilité contingente à une rupture, dislocation ou exploitation sévère comme élément essentiel de définition, ainsi qu'une non-dominance dans la société nationale ou régionale comme indice utile.²³⁹

Ces facteurs socio-économiques sont imbriqués dans une histoire marquée par la domination politique des autochtones qui a graduellement mené au dépouillement de leur autonomie politique, de leurs savoir et pratiques traditionnels, puis fatalement de leur bien-être. Rarement contesté, le critère de non-dominance nous permet de saisir la nécessité d'un cadre de protection des autochtones tout en soulevant la question de la forme qu'il devrait prendre. C'est dans cette optique que Patrick Macklem relie l'émergence de l'intérêt international envers l'autochtonie à l'exclusion historique des peuples autochtones de la distribution de la souveraineté moderne.²⁴⁰ Ses conclusions permettent de mettre en lumière les fondements de ce critère socio-économique. Ces fondements portent sur la relation conflictuelle entre des peuples coloniaux et autochtones historiquement souverains. La domination de leurs pouvoirs politiques par l'État et leur marginalisation socio-économique constituent des réminiscences de ce conflit initial et façonnent en conséquence le concept d'autochtonie. La notion d'historicité est ainsi un critère inévitable mais aussi, comme nous le verrons, un des plus complexes de l'autochtonie.

²³⁷ Il est notamment absent des conventions de *l'Organisation internationale du Travail: Id.*, à la page 60.

²³⁸ Julian BURGER, *Report from the Frontier : the State of the World's Indigenous Peoples*, Londres, Zed Books, 1987, p. 9.

²³⁹ B. KINGSBURY, préc., note 182, 246. Voir également *infra*, p. 81.

²⁴⁰ Patrick MACKLEM, «Indigenous Recognition in International Law : Theoretical Observations» (2008) 30 (1) *Michigan International Law Journal* 177, 210.

iii) Le rapport historique entre les autochtones et «l’envahisseur»

Ce critère d’identification serait propre aux autochtones et les distinguerait des minorités politiques. Bien que l’antériorité historique de la présence d’un groupe sur un territoire soit parfois partagée avec les minorités, le lien particulier des peuples autochtones à leur territoire traditionnel s’inscrit dans le temps de façon continue :

Or toutes les minorités ne disposent pas de racines territoriales ou d’une telle implantation géographique, alors que, au contraire, tous les peuples autochtones maintiennent résolument leurs racines, ancrages historique, juridique, culturel et social dans les rapports qu’ils entretiennent avec leurs terres, leurs itinéraires.²⁴¹

Un lien profond, dont l’origine précède la colonisation, serait maintenu entre les peuples autochtones et leur territoire traditionnel, et ce, malgré les déformations qu’a pu subir ce lien en raison des intérêts du colonisateur. Les différents aspects qui étayent ce lien soulèvent certains problèmes de qualification. Par exemple, les événements qui jalonnent l’histoire territoriale des peuples autochtones d’Asie, d’Inde et d’Afrique s’avèrent beaucoup plus complexes que ceux qui caractérisent la conquête européenne des Amériques, où le conquérant est plus aisément identifiable.²⁴² La démonstration d’un lien historique incontestable entre une collectivité autochtone et un territoire, maintenu en dépit des nombreuses migrations et luttes de pouvoir qui marquent l’histoire humaine, risque d’être très difficile, pour ne pas dire impossible.

Les travaux de Cobo proposent comme élément de solution à ce débat une considération flexible, à savoir la continuité historique d’un peuple autochtone. Elle pourrait s’établir selon le maintien ininterrompu de l’un des facteurs suivants : une occupation des terres, une ascendance commune avec ses premiers habitants ou une culture ou une langue qui y sont liées de quelque façon que ce soit.²⁴³ Les paramètres qui seront déterminés pour mesurer la teneur minimale du lien historique entre une

²⁴¹ G. KOUBI et I. SHULTE-TENCKHOFF, préc., note 178, 25.

²⁴² F. DEROCHÉ, préc., note 189, à la page 54. Sur le clivage entre les pays d’Asie et les pays occidentaux, voir également N. ROULAND, préc., note 13, p. 439.

²⁴³ J. R. MARTINEZ COBO, préc., note 31, par. 389.

communauté autochtone et leurs ancêtres ont donc une incidence sur l'identité des autochtones et du territoire auquel ils sont rattachés.

La genèse de l'identité autochtone qui mérite protection et réparation, selon ce critère, se situe à un moment antérieur au contact avec l'envahisseur. En droit international, la précision de ce moment et la nature de cet envahisseur ou conquérant reste intentionnellement vague afin de ne pas écarter les peuples autochtones qui ne font pas l'objet d'une forme de colonialisme de type européen.²⁴⁴ Une description précise de la nature du conquérant, par exemple, oppose une population originaire d'un territoire à un conquérant étranger, renvoyant à une idée d'altérité culturelle ou spatiale. Cela suggère une notion de distance qui ne pourrait s'appliquer à des peuples partageant historiquement le même territoire.²⁴⁵ Il faut mentionner à ce sujet que l'organisation politique moderne des États est marquée par la doctrine de la «salt water theory», qui a eu pour effet d'exclure les autochtones du processus de décolonisation du 20^{ème} siècle. Aux termes de cette théorie, le démantèlement des empires coloniaux s'appliqua aux colonies géographiquement séparées et ethniquement ou culturellement distinctes du colonisateur, empêchant implicitement les collectivités au sein même d'un État colonial nouvellement indépendant de revendiquer le droit de se voir reconnaître le statut de peuple —seule entité politique à qui est reconnue le droit à disposer d'elle-même.²⁴⁶ L'objectif d'une définition contemporaine de l'autochtonie est de se démarquer de cette perspective qui maintient une approche colonialiste et de tenter ainsi d'éviter les écueils d'une définition contraignante qui aurait des effets similaires.

Les critères variables et flous des définitions historiques des peuples autochtones permettent de ne pas restreindre indûment la portée d'une définition universelle des peuples autochtones. La Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail*, par exemple, indique que les peuples sont considérés indigènes du fait qu'ils descendent de populations qui habitaient un territoire qui sera éventuellement colonisé, conquis ou deviendra un État par l'établissement de ses

²⁴⁴ B. KINGSBURY, préc., note 187, 434. Cette imprécision ne peut cependant pas éluder les problèmes de mise en oeuvre confrontés par une application de cette approche: voir *supra*, p. 109.

²⁴⁵ É.-I. DAES, préc., note 196, par. 64.

²⁴⁶ Nous analyserons plus en détail cette doctrine dans le cadre du chapitre III : Voir *infra*, p. 131.

frontières actuelles.²⁴⁷ Il est à noter que ces peuples doivent aussi avoir conservé leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres.

La Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* prévoit également une définition des «populations tribales». Ces dernières ne sont pas définies par la Convention en fonction de critères historiques. Sont considérées comme «tribales» les populations «qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régi[e]s totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale».²⁴⁸ Ces populations semblent donc différer de celles identifiées comme indigènes, en raison d'une attache territoriale de moindre importance. Bien que le critère de marginalisation socio-économique soit présent—impliquant comme on l'a vu une certaine dimension historique—cette définition est axée sur la spécificité culturelle, ce qui signifie que la culture tribale doit se distinguer de celle du reste de la société.²⁴⁹

La distinction entre peuples indigènes et populations tribales servait une stratégie politique dans les années quatre-vingt visant à étendre la portée de la Convention 169 aux peuples autochtones d'Asie. En effet, la plupart des États d'Asie ne reconnaissent pas la présence de groupes indigènes sur leur territoire. Ils prétendent plutôt que l'ensemble de leur population est indigène, ce qualificatif étant entendu comme une présence historique et immémoriale sur un territoire devenu un État. La notion de population tribale fut conçue dans le but de contourner cette prétention qui avait pour effet de nier le fait historique de l'assujettissement de certains groupes à la volonté de groupes plus puissants. Par voie de conséquence, la spécificité culturelle devint le noyau de la définition de population tribale. Cette nuance entre les qualificatifs «tribal» et «indigène» n'est cependant pas toujours prise en considération, et plusieurs documents juridiques réfèrent indifféremment à

²⁴⁷ *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, préc., note 43, art. 1 b).

²⁴⁸ *Id.*, art 1, 1. a).

²⁴⁹ É.-I. DAES, préc., note 196, par. 28.

l'un ou l'autre de ces termes pour désigner le même type de collectivité.²⁵⁰

Le rapport historique entre les autochtones et leur territoire fait partie des éléments déterminants de leurs droits territoriaux. L'arrêt *Moiwana Village*, rendu par la Cour interaméricaine en 2005,²⁵¹ éclaircit certaines des conditions d'existence de ces droits et nous permet de mettre en évidence l'importance de l'histoire dans l'identité autochtone. La question de la continuité historique d'une violation est abordée par les juges, indiquant les fondements utilisés par la Cour pour guider son interprétation. Les plaignants autochtones tentent en l'espèce d'obtenir réparation pour la destruction de leur village par les forces armées du gouvernement du Suriname. Or l'événement en cause précède d'un an la ratification de la Convention interaméricaine par l'État et de dix ans la plainte elle-même. La Cour accueillera néanmoins la plainte en raison d'une violation continue et poursuivie jusqu'à ce qu'elle soit saisie du dossier :

Thus, the Tribunal may properly exercise jurisdiction over the ongoing nature of the community's displacement, which [...] constitutes a violation that persisted after the state recognised the Tribunal's jurisdiction in 1987 and continues to the present day.

Ce raisonnement comprendrait les usurpations de territoires autochtones qui créent une situation de violation qui perdure dans le temps et exige réparation au moment de l'adoption de la Convention par le pays fautif. Les appropriations illicites des territoires autochtones sont donc envisagées par la Cour non plus comme un fait historique sans conséquence juridique mais comme un acte illégal sur lequel elle peut se prononcer. Cela constitue une prise de position importante, vu que la majorité des enjeux des revendications autochtones se basent sur une usurpation territoriale qui précède la souscription d'une obligation de protection des peuples autochtones.

Le rapport du *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* relatif au Canada, rendu en 1999, défend dans cette perspective le caractère permanent des droits territoriaux traditionnels. Le Comité recommandera «que la pratique consistant

²⁵⁰ Par exemple la directive O.D. 4.20 de la Banque Mondiale : *Operational Directive 4.20, Indigenous Peoples*, préc., note 48.

²⁵¹ *Moiwana Village c. Suriname*, préc., note 232.

à éteindre les droits naturels des autochtones soit abandonnée parce qu'elle est incompatible avec l'article premier du Pacte.»²⁵² Le Rapporteur spécial Rodolfo Stavenhagen, faisant état de sa visite au Canada en 2004, s'est exprimé sur le sujet des réglementations territoriales et a encouragé l'application des conclusions de la *Commission Royale sur les peuples autochtones*, commission d'enquête canadienne sur la situation des autochtones du Canada qui remet son rapport en 1996.²⁵³ Ce dernier soutient le caractère inaliénable des droits ancestraux.²⁵⁴ La dimension sempiternelle, donc inaliénable, des droits territoriaux autochtones, confirmée par la jurisprudence et les opinions des institutions internationales, nous indique l'importance fondamentale pour l'identité des autochtones de leur rapport historique à un lieu donné, malgré les difficultés inhérentes à ce critère.

Une définition historique des autochtones se confronte à d'autres incompatibilités qui entament le caractère dit incontournable de ce critère. Le cas des autochtones vivant en milieu urbain, et par le fait même n'entretenant plus de liens particuliers avec le territoire, indique la nécessité de relativiser ce critère et de permettre son interaction avec d'autres. Mme Daes cite à ce sujet les inquiétudes d'un membre du *Groupe de travail sur les populations autochtones* :

En ce qui concerne le critère de continuité historique, M. Bengoa a fait observer qu'il comportait un danger inhérent étant donné que de nombreux peuples autochtones avaient été forcés de quitter leurs terres et vivaient aujourd'hui dans des zones urbaines tout en ayant conservé leur identité autochtone.²⁵⁵

À cette première difficulté s'ajoute celle illustrée par la jurisprudence relative aux N'djukas, communauté autochtone du Suriname d'origine africaine, que nous avons

²⁵² *Observations finales du Comité des droits de l'homme*, Canada, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999), par 8.

²⁵³ COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 3.

²⁵⁴ *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, M. Rodolfo Stavenhagen, *Mission au Canada*, Doc. N.U. E/CN.4/2005/88/Add.3, par. 91 et 99. Les recommandations finales de la *Commission Royale sur les Peuples autochtones* affirment en effet que la certitude juridique, objectif central des accords conclus avec les nations autochtones, peut et doit se passer de l'extinction de leurs droits ancestraux : COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 3, volume 2, recommandations 2.2.2, 2.2.3 et 2.2.6.

²⁵⁵ É.-I. DAES, préc., note 196, par. 41.

abordée lors de l'étude du critère culturel de l'autochtonie.²⁵⁶ La présence d'un lien historique prolongé ne peut en effet s'appliquer à tous les peuples autochtones qui se considèrent pourtant comme tel. L'un des éléments de solution réside donc dans un critère subjectif fondamental qui aurait préséance sur tous les autres, celui de l'auto-identification.

iv) L'auto-identification

Il apparaît en effet «indispensable qu'une définition des peuples autochtones tienne compte de la façon dont ils se perçoivent eux-mêmes et se situent par rapport aux autres groupes».²⁵⁷ Cet élément subjectif émane d'une logique de décolonisation et correspond aux intérêts politiques des autochtones. Selon les travaux du *Groupe de travail sur les populations autochtones* des Nations Unies, l'imposition de critères définitionnels par une autorité extérieure—quelle qu'elle soit—revient en effet à perpétuer une mentalité paternaliste,²⁵⁸ étant donné qu'un encadrement de l'identité revient à considérer ces derniers comme incapables d'être maîtres de leur identité. Cette imposition fut donc catégoriquement rejetée par les participants autochtones de cet organe.²⁵⁹

Les autochtones affirment donc être passé du statut d'objets de droit, dont les attributs et le cadre législatif sont pris en charge par l'État, à celui de sujet, reconnus comme des acteurs légitimes auquel reviennent certaines prérogatives ou droits spécifiques.²⁶⁰ Le critère d'autoqualification, présent dans l'étude de Cobo,²⁶¹ est reconnu dans la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* comme étant fondamental²⁶² et fut repris, entre autres, par la *Directive opérationnelle de la*

²⁵⁶ *Supra*, p. 69.

²⁵⁷ F. DEROCHÉ, préc., note 189, à la page 53.

²⁵⁸ É.-I. DAES, préc., note 196, par. 35-36. Pour la position autochtone aux Nations Unies, voir entre autres l'*Additif de l'Aboriginal and Torres Strait Islander Commission*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2/Add.1.

²⁵⁹ F. DEROCHÉ, préc., note 189, à la page 54.

²⁶⁰ R. L. BARSH, préc., note 2.

²⁶¹ J. R. MARTINEZ COBO, préc., note 31, par. 381

²⁶² *CI169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, préc., note 43, art. 1 (2). Cet article affirme que «le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un

Banque Mondiale sur les autochtones,²⁶³ celle du *Programme des Nations Unies pour le développement*²⁶⁴ et se trouve parmi les premiers articles du *Projet de déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*.²⁶⁵ Le droit à l'autoidentification fut également vivement défendu par le *Comité sur l'élimination de la discrimination raciale*, affirmant dans une de ses recommandations générales l'importance du point de vue de l'individu sur son appartenance à un groupe culturel.²⁶⁶ Selon Thornberry, ce Comité fait de l'autoidentification un principe prépondérant, auxquels les dérogations doivent être justifiées. Quelqu'un s'opposant aux prétentions d'un individu s'identifiant comme autochtone aurait donc le fardeau de prouver la «non autochtonité» de cet individu.²⁶⁷ La capacité d'autoidentification serait partagée à la fois par l'individu et par le groupe auquel il prétend appartenir.²⁶⁸ Ces deux points de vue sur l'appartenance doivent en conséquence s'harmoniser pour être valide.

L'arrêt *Lovelace c. Canada*,²⁶⁹ rendu par le *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* en 1981, insiste sur l'importance du groupe pour l'individu autochtone. Le Comité conclut qu'une disposition de la *Loi sur les Indiens*²⁷⁰ du Canada violait l'article 27 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* puisqu'elle excluait du statut d'« Indien » inscrit les femmes mariées à des non-indiens, ce qui avait pour conséquence de les séparer de leur communauté d'origine. Bien que le

critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention».

²⁶³ *Operational Directive 4.20, Indigenous Peoples*, préc., note 48, alinéa e).

²⁶⁴ Site du PNUD, en ligne : <www.undp.org/partners/civil_society/publications/indigenous/IPPolicyEnglish.doc> (consulté le 21 octobre 2009)

²⁶⁵ *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, préc., note 50, art. I (2). L'article III du *Projet de déclaration interaméricaine* aborde également le droit d'appartenance à une communauté ou à une nation autochtone, laquelle se fait conformément aux coutumes et traditions existantes.

²⁶⁶ *Recommandation générale VIII du comité sur l'élimination de la discrimination raciale, Interprétation et application des paragraphes 1 et 4 de l'article premier de la Convention*, Doc. N. U. A/45/18, par. 2.

²⁶⁷ P. THORNBERRY, préc., note 130, à la page 25.

²⁶⁸ J. R. MARTINEZ COBO, préc., note 31, par. 381 et 382. Il précise ainsi l'interaction entre le point de vue de l'individu, qui possède une conscience du groupe, et l'acceptation du groupe, qui reconnaît l'individu comme étant l'un de ses membres.

²⁶⁹ *Sandra Lovelace c. Canada*, Communication n° 24/1977/, Doc. N.U. CCPR/C/13/D/24/1977

²⁷⁰ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, art. 12 (1) (b), abrogé.

Comité ait reconnu dans cette affaire le besoin pour l'État d'identifier les individus ayant le droit de résider sur une réserve, il constate également que le droit à la culture d'un individu dépend intimement de son appartenance à un groupe.²⁷¹ La perte du statut d'Indien équivaut à la perte des bienfaits de la culture et de l'identité; elle ne doit donc être imposée que pour des raisons fondées et non discriminatoires.²⁷²

Le *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* a également eu l'occasion, en 1988, de se prononcer sur l'importance de la protection de l'intégrité d'un groupe. Cette protection peut s'exercer à l'encontre de l'un des ressortissants d'une communauté autochtone si ce dernier constitue une menace à l'intégrité culturelle de son groupe d'appartenance. Dans l'affaire *Kitok c. Suède*,²⁷³ un ancien membre d'une communauté Saami a contesté une législation nationale suédoise qui avait pour effet d'empêcher un non-membre de pratiquer l'élevage de rennes, une activité traditionnelle importante à la culture du groupe visé. Le Comité ne constatera pas de violation de l'article 27, comme le réclamait le plaignant. La priorité de la pratique d'activités traditionnelles sera en conséquence accordée à la communauté Saami, à l'encontre de l'un de ses membres qu'elle avait expulsé et qui se refusait à la réintégrer.

Ces deux décisions du *Comité des droits de l'homme* ont été rendues en vertu d'une protection individuelle du droit à la culture. Bien qu'elles n'affirment pas explicitement un droit à l'auto-identification, ces décisions soulignent l'importance de l'appartenance à une culture autant pour l'individu que pour le groupe autochtone.

À cette double perspective sur l'auto-identification s'ajoute la nécessité d'une reconnaissance à la fois par les États concernés et les autres communautés autochtones.²⁷⁴ Le caractère subjectif de l'identité autochtone, localisé à la fois dans l'individu et le groupe, ne peut en effet être envisageable dans l'absolu, comme le reconnaît par ailleurs le *Comité des droits de l'homme* dans *Lovelace*.

²⁷¹ *Sandra Lovelace c. Canada*, préc., note 269, par. 15 et 16.

²⁷² *Id.*, par. 12 et 13.1.

²⁷³ *Kitok c. Suède*, Communication n° 197/1985, Doc. N.U. CCPR/C/33/D/1985

²⁷⁴ R. NIEZEN, préc., note 1, p. 22 et note 21.

L'incontournable coexistence du groupe avec des tiers implique que son identité soit admise et reconnue par ces derniers pour qu'elle puisse se réaliser concrètement.

Dans cette perspective, les conditions de reconnaissance externe qui encadrent le critère d'auto-identification présentent un parallèle avec les éléments constitutifs d'un État en droit international. La reconnaissance d'un État par les tiers, bien qu'elle ne soit pas nécessaire à son existence factuelle, est néanmoins essentielle à l'opposabilité de ses intérêts; son absence condamnerait l'État à une virtualité insignifiante.²⁷⁵ À leur tour, faute d'acceptation de leur existence par les États, les peuples autochtones ne pourraient pas exercer leurs droits.²⁷⁶ Par ailleurs, comme le souligne Kingsbury, les structures de représentation seront rarement uniquement autochtones et devront prendre en compte des acteurs extérieurs, y compris, mais pas seulement, d'autres groupes autochtones.²⁷⁷

L'exemple des peuples Métis du Canada, qui constituent un groupe d'ascendance mixte comportant à la fois des ancêtres européens et autochtones, nous permet d'illustrer cette interdépendance entre le droit individuel à l'auto-identification et les exigences des acteurs extérieurs.²⁷⁸ Échappant à la catégorisation généalogique des Indiens,²⁷⁹ la Cour suprême du Canada élabore trois critères afin d'identifier le titulaire des droits constitutionnels des Métis.²⁸⁰ Outre l'auto-identification du demandeur comme étant membre de la communauté métisse, sont exigés de sa part la preuve d'un lien ancestral et de son acceptation par cette même

²⁷⁵ J. COMBACAU et S. SUR, préc., note 63, p. 287.

²⁷⁶ *Id.*, p. 286.

²⁷⁷ B. KINGSBURY, préc., note 187, 441.

²⁷⁸ Il est cependant à noter que la Cour n'a pas fait de la reconnaissance du groupe par l'État une condition fondamentale de l'identité autochtone.

²⁷⁹ Les Indiens «inscrits» au Canada sont ceux qui sont reconnus comme tels par le Gouvernement canadien et qui figurent dans un registre spécifique (le *Registre des indiens*), ce qui a pour effet de les soumettre au régime prévu par la *Loi sur les indiens*. L'identification de ces autochtones est basée sur la filiation, selon les critères et modalités prévus par cette même loi : *Loi sur les Indiens*, préc., note 270, art. 5 à 19. Ce puissant outil de régulation sociale, encore utilisé aujourd'hui, est condamné en raison de ses fins discriminatoires et intégrationnistes et renforce l'argument préconisant le recours au critère de l'auto-identification : Joseph Eliot MAGNET, «Who are the aboriginal people of Canada?», dans J. E. MAGNET (dir.), *Aboriginal Rights Litigation*, LexisNexis Butterworth, Markham, 2003, p. 23, à la page 24.

²⁸⁰ *R. c. Powley*, [2003] A.C.S. n° 43

communauté.²⁸¹ Cette acceptation est examinée au regard de la participation de l'individu à «la culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l'identité de la communauté métisse et qui la distinguent d'autres groupes.»²⁸² Cette condition d'«appartenance uniforme» développée par les tribunaux est expliquée comme devant «tenir compte à la fois de la manière dont la communauté se définit et de la nécessité que l'identité puisse se vérifier objectivement.»²⁸³ Elle démontre la nécessaire conciliation entre les éléments objectifs et subjectifs de l'identification d'un titulaire individuel de droits et de sa reconnaissance par le groupe auquel il appartient.

L'imposition d'un test d'identification des Métis par les tribunaux canadiens se fonde en partie sur les exigences de prévisibilité exigées par les acteurs étatiques, débiteurs des revendications autochtones. L'appartenance culturelle et historique du groupe sera donc prise en considération aux fins d'identification d'un bénéficiaire de droits autochtones. En conséquence, le droit à l'autoidentification ne peut se passer des éléments objectifs culturels et historiques qui composent leur identité. Cette identité autochtone, dont la facette politique exige le contrôle de ses critères d'appartenance, prend sa source dans une histoire qui mène à son enclavement dans un système dominant. Les éléments culturels, historiques et fondés sur l'autoqualification semblent donc indissociables.

b) Contourner l'impasse : une définition constructiviste

Nous avons pu constater en examinant chacun de ces critères fondamentaux de l'autochtonie que des incohérences se dégagent de leur conceptualisation abstraite. Ces incohérences deviennent particulièrement apparentes au moment de leur application à un groupe autochtone donné. Une définition trop restrictive risque d'exclure des groupes pour des raisons moralement intenable, par exemple au nom d'une absence de traits culturels « autochtones » distinctifs ou du défaut d'occuper un lieu de façon continue. Cependant l'identité autochtone ne semble pas pouvoir se passer de ces éléments de définition; si ces derniers peuvent être modulés en

²⁸¹ *Id.*, par. 29 à 33.

²⁸² *Id.*, par. 33.

²⁸³ *Id.*, par. 29.

fonction de chaque situation abordée, ils n'en restent pas moins irréductibles. Ronald Niezen ajoute à ce sujet que les éléments de définition de l'autochtonie sont non seulement variables selon chaque groupe, mais également selon le point de vue disciplinaire qui les mobilisent, ce qui ajoute à l'incertitude quant à la nature véritable de l'autochtonie.²⁸⁴ L'idée d'autochtonie peut ainsi être utilisée à diverses fins : comme discours, comme politique ethnique et comme concept abstrait. Ces fins partagent cependant toutes l'idée d'une réappropriation du droit à l'autodétermination²⁸⁵ qui se rapporte à un territoire historiquement occupé, bien que les détails de ce lien demeurent indéfinis.

Le concept de peuple autochtone, au niveau international, doit donc être entendu comme une abstraction recouvrant une vaste étendue de réalités culturelles complexes. Ce concept doit être en mesure de s'extirper de cette abstraction pour trouver une application locale qui prenne compte de l'intérêt de l'État concerné.²⁸⁶ C'est dans cette optique que Kingsbury propose une conception dite «constructiviste» de la définition de l'autochtone.

Cette proposition présente deux catégories de critères; ceux considérés comme des conditions essentielles et ceux constituant des marqueurs ou des indices utiles.²⁸⁷ Elle se base sur des repères qui peuvent être modulés selon la situation du groupe en cause.²⁸⁸

Les quatre critères essentiels identifiés sont l'auto-identification en tant que groupe ethnique distinct, une expérience historique —ou une vulnérabilité contingente— de rupture, de dislocation ou d'exploitation, une connexion de longue durée avec une région et le désir de maintenir une identité distincte. Peuvent ensuite

²⁸⁴ Selon lui, trois définitions se sont dégagées dans des sphères disciplinaires différentes, ce qui ajouterait à la confusion autour du concept d'autochtonie: une définition analytique et juridique, une relevant de la stratégie politique et une dite «globale» qui légitime une concertation internationale des autochtones : R. NIEZEN, préc., note 1, p. 19.

²⁸⁵ Augie FLERAS, «Politicising Indigeneity: Ethno-Politics in White Settler Dominions», dans Paul HAVEMANN (dir.), *Indigenous People's Rights in Australia, Canada, and New-Zealand*, Auckland, Oxford University Press, 2000, p. 187, à la page 220.

²⁸⁶ B. KINGSBURY, préc., note 187, 450.

²⁸⁷ *Id.*, 453.

²⁸⁸ B. KINGSBURY, préc., note 182, 246.

contribuer à ces éléments divers critères indicatifs, dont les plus éloquents sont la non-dominance, l'affinité culturelle à un territoire particulier et la continuité historique avec une société précoloniale ou antérieure à une invasion.²⁸⁹

Cette reformulation suggérée par Kingsbury démontre les difficultés d'établir des paramètres rigides, par nature exclusivistes, de la définition de l'autochtonie. Tout en conservant le caractère abstrait des quatre critères fondamentaux, il en retranche la dimension formelle ou matérielle pour n'en conserver que l'aspect le plus ouvert possible, auxquels peuvent s'identifier quasiment toutes les populations, autochtones ou non. Il relègue au rang d'indice utile une partie importante des éléments considérés par les institutions internationales comme centraux au concept d'autochtonie. Une approche constructiviste affirme en effet que l'identité autochtone n'est pas «définie objectivement, mais est construite par les individus, ou encore 'relationnelle', puisqu'elle apparaît à l'occasion des relations sociales.»²⁹⁰ Leur caractère construit doit donc nous inciter à faire usage d'éléments identitaires ouverts qui peuvent être considérés plus concrètement lorsqu'un cas spécifique est analysé. Cette malléabilité offrirait aux peuples autochtones la possibilité de maintenir une identité dynamique tout en n'ignorant pas leurs origines.

Les critères d'identification de l'autochtone et les justifications théoriques de leurs revendications renvoient aux mêmes notions d'identité culturelle, d'histoire coloniale et au concept de libre détermination. L'identité et les revendications des autochtones apparaissent ainsi comme deux notions interdépendantes. Cette interdépendance met en exergue le noyau fondamental des revendications autochtones, en filigrane de toutes les questions théoriques que soulèvent ces dernières, soit la nécessité d'un nouvel ordonnancement politique. Si l'histoire des peuples autochtones est primordiale à leur identité, elle se conçoit de façon à souligner un contexte inéquitable où leur autonomie politique a été injustement usurpée.

²⁸⁹ B. KINGSBURY, préc., note 187, 455.

²⁹⁰ Sébastien GRAMMOND, «L'identité autochtone saisie par le droit» (2001) 15 (1) *Lex electronica* 287, 293.

L'importance de la culture pour l'identité autochtone, caractérisée comme holistique, soulève également une dimension politique importante. Au-delà des difficultés qu'elle soulève, cette caractérisation peut être entendue comme exprimant la nécessité d'institutions autochtones qui respectent et traduisent leurs valeurs et conceptions du monde, et permettent l'émancipation d'une culture vivante et dynamique. Elle doit donc s'affranchir d'un pouvoir extérieur qui opère selon des conceptions culturelles différentes.

Il serait utile de mentionner ici la position de Will Kymlicka, philosophe politique dont les travaux seront étudiés dans la prochaine section, pour éclairer cette question. Ce dernier établit une distinction entre les minorités ethniques et les minorités nationales. Les minorités ethniques sont celles qui sont issues de l'immigration, tandis que les minorités nationales sont celles qui ont été intégrées involontairement dans un État.²⁹¹ Selon la perspective de Kymlicka, le problème de la définition des peuples autochtones serait simplifié en raison du fait que, tout comme les minorités nationales, c'est l'intégration involontaire qui constituerait le critère déterminant. Il n'y aurait donc pas de différence entre le traitement à accorder aux peuples autochtones et aux minorités nationales. En se concentrant sur l'intention du groupe au moment de son intégration dans l'État, Kymlicka réussit à éluder les critères d'identification fondés sur la culture et l'histoire et les difficultés qu'ils entraînent.

Cependant, on reproche à Kymlicka d'ignorer le traitement particulier et distinct qui est accordé aux autochtones, comme le démontre clairement le développement institutionnel et juridique à l'international examiné jusqu'ici. Kymlicka tente de répondre à cette critique en expliquant que la différence de traitement accordée aux autochtones est justifiée par le rôle —ou plutôt l'absence de rôle—qu'ils ont historiquement joué à l'occasion de la construction de l'État. Alors que les autres minorités nationales formaient des compétiteurs dans la poursuite de la construction de l'État, les autochtones furent complètement écartés de ce processus

²⁹¹ Nous verrons plus en détail cette conception des minorités dans la section suivante : voir *infra*, p. 96.

et restèrent figés à l'extérieur d'un système politique créé à leurs dépens.²⁹² Bien qu'ils partagent avec les autres minorités nationales le même type de revendication politique, soit le droit à l'autodétermination, la situation résultante du rôle des autochtones durant la construction de l'État entraîne une mise en œuvre différente qui demande des institutions et des outils juridiques distincts.

Les conséquences d'une telle qualification, cependant, renvoient également à des questions d'ordre historique et culturel. En effet, il semble délicat d'expliquer ce rôle joué dans la construction de l'État en ignorant la culture particulière des autochtones, puisque c'est en raison de cette distinction culturelle que ces derniers furent écartés du processus politique. Alors qu'elles tiennent compte de la spécificité culturelle dans la définition des peuples autochtones, les institutions internationales, dans leur appréhension des minorités ne semble pas considérer comme pertinente la façon dont celles-ci ont historiquement interagi avec leur État englobant—que ce soit par immigration, par intégration forcée ou par l'attribution d'un rôle spécifique lors la naissance de l'État moderne. La différenciation entre les autochtones et les autres minorités nationales élaborée par Kymlicka ne semble donc pas pouvoir remplacer les critères de l'autochtonie. La culture, comme l'histoire, toutes deux conçues comme étroitement liées à un territoire traditionnel, semblent à la fois des éléments essentiels de l'identité autochtone tout en étant des critères difficiles à concilier avec la diversité historique, culturelle et politique des peuples autochtones eux-mêmes.

Quelle que soit la façon dont l'identité autochtone est abordée, le spectre de l'autodétermination apparaît; la controverse entourant la notion de «peuple autochtone» nous le démontre clairement. Or, puisqu'il n'est pas possible «d'éviter la question des relations de pouvoir dans la définition de l'identité»,²⁹³ la théorie politique qui sous-tend le droit international —et la régulation des pouvoirs étatiques— est sollicitée par la question identitaire autochtone. Comme la théorie politique dominante en occident demeure encore, à ce jour, la théorie libérale, c'est principalement cette dernière qui est mobilisée et parfois reconfigurée pour justifier

²⁹² Will KYMLICKA, «American multiculturalism and the 'Nations Within'», dans Duncan IVison, Paul PATTON et Will SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 216, à la page 221. Il donne en exemple le rôle joué par les Catalans, les Québécois ou les Portoricains dans la construction de leur État respectif.

²⁹³ S. GRAMMOND, préc., note 290, 294.

la reconnaissance de droits spécifiques aux peuples autochtones. Chacun des éléments de définition de l'autochtonie porte en lui une justification théorique des revendications autochtones qui questionne la théorie libérale et les limitations conceptuelles qui s'y rattachent.

2) Les revendications autochtones au regard des théories politiques

Nous allons exposer dans cette section les questions théoriques soulevées par les revendications autochtones qui prennent toutes appui sur l'existence d'une spécificité identitaire autochtone. À l'occasion d'une présentation des thèses formulées par divers penseurs contemporains, nous verrons que le libéralisme, principal fondement philosophique sollicité par ces thèses, s'accommode difficilement de ces revendications. Cet examen mettra en lumière à la fois les limites de cette philosophie lorsque confrontée à ces revendications normatives et la fragilité des réponses avancées par la doctrine qui visent à réparer les injustices passées et présentes des peuples autochtones.

a) Un contexte d'émancipation inadéquat

Le «problème» ou la «question» autochtone, longtemps ainsi qualifié par les spécialistes ayant eu à se pencher sur le sujet, occupe, comme nous avons tenté de le démontrer, une place particulière sur la scène politique et juridique à la fois nationale et internationale. Depuis déjà quelques décennies le discours politique a rejeté cette qualification, lourde de sens, des autochtones comme étant un «problème».²⁹⁴ Cette approche considérait la cohabitation entre autochtones et non autochtones au sein de l'État selon une prémisse inappropriée, à savoir que les autochtones constituent une anomalie dans l'ordre politique actuel. Il n'en reste pas moins que la relation entre ces derniers et l'État donne du fil à retordre aux théoriciens politiques en quête d'une société *juste* tant pour les autochtones que pour les autres groupes culturels cohabitant dans un espace politique commun. La science politique jette ainsi, depuis les années quatre-vingt, un regard critique sur les fondements philosophiques de nos sociétés modernes libérales.

Si les piliers de cette philosophie politique sont toujours considérés essentiels à la pensée libérale, tels la démocratie, l'État de droit, la souveraineté de l'État et les

²⁹⁴ Le passage introductif du rapport de la *Commission royale sur les peuples autochtones* rendu en 1996 l'exemplifie clairement: «Parler de problème autochtone implique que les autochtones sont la cause du problème. C'est une approche assimilatrice analogue à celle qu'on a tenté d'appliquer à plusieurs reprises par le passé, cherchant à éliminer les langues, les cultures et les institutions politiques autochtones du Canada et à absorber les autochtones dans le tissu social national, de manière à les rendre invisibles et ainsi faire disparaître le problème.» : COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 3, vol. 1, ch. 1, à la page 34.

droits civils et politiques, on reproche à ce modèle son incapacité à accueillir les demandes des minorités culturelles. En effet, malgré toutes les tentatives de l'État pour résorber les discriminations dont ces dernières font l'objet et de les inclure dans le tissu social national, certaines minorités culturelles opposent toujours une résistance à leur incorporation dans un système englobant et se considèrent insatisfaites de l'ordre politique en place. Ainsi attaquée, la légitimité de ces piliers est partiellement ou totalement remise en cause.

Les éditeurs de l'ouvrage *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples* proposent des pistes de réflexion qui nous serviront d'introduction aux théories politiques qui tentent de résorber ces lacunes.²⁹⁵ Diverses réponses aux revendications et aspirations des peuples autochtones, logées dans différentes formes du libéralisme, sont avancées par les auteurs de cet ouvrage. La pensée politique occidentale, selon ces derniers, se trouve actuellement dans une phase de changement. Elle élabore une nouvelle définition des rapports entre les citoyens pour faire place aux aspirations légitimes des minorités culturelles. L'indissociabilité entre identité, appartenance culturelle et justice sociale constitue désormais un précepte incontournable de cette pensée. Elle se tourne ainsi vers une forme de multiculturalisme ou de pluralisme culturel et la plupart des États occidentaux ont entrepris des démarches politiques et constitutionnelles en ce sens. C'est dans cette optique que se développent des mesures de protection de l'appartenance culturelle de leur population qui peuvent prendre des formes juridiques ou politiques différentes. La calibration de cette protection se détermine selon le fondement et le rapport entretenu par ce groupe culturel avec la société dominante.

Cette redéfinition des rapports politiques et juridiques entre les individus au sein d'un même État doit cependant maintenir un équilibre entre les fondements du libéralisme contemporain et la reconnaissance des groupes culturels qui composent sa société. Les droits qui expriment ces fondements du libéralisme, de nature individualiste, sont considérés comme essentiels et universels. La conciliation des intérêts des minorités culturelles, particulièrement ceux des autochtones, avec les principes de la philosophie politique libérale et des droits de l'homme oblige

²⁹⁵ D. IIVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 1.

pourtant les théoriciens à repenser la configuration de l'ordre juridique en place. Cette conciliation de la diversité constitue la problématique politique principale que nos sociétés modernes doivent affronter, comme le résume K. Shaw :

We are entering an age of cultural diversity, and it is the political challenge of the day and of the future to figure out how to engage the challenges to political institutions and modes of thought that are posed by this. In particular, this age poses a challenge to contemporary constitutionalism, which tends to rest upon and reproduce the assumption of the necessity of cultural homogeneity.²⁹⁶

Cette redéfinition, particulièrement lorsqu'elle prend en compte la particularité des revendications autochtones, est profonde. Elle remet en question non seulement les bases du libéralisme classique, mais également le noyau même de la structure politique moderne : la souveraineté de l'État. Cela permet à certains de conclure que la question autochtone observée à l'international remet en question la légitimité même de ce principe:

Thus indigenous people's movements are both a source of ideas and action beyond the system of sovereign states, and at the same time show the limits of that system.²⁹⁷

En scrutant la pensée libérale contemporaine, les différents auteurs de l'ouvrage précité avancent trois réponses possibles aux revendications autochtones qui peuvent contribuer à une «décolonisation» des structures politiques et juridiques existantes. La première est associée à l'égalité et la non-discrimination, principes déjà consacrés par le libéralisme, et affirme que les intérêts des autochtones peuvent être satisfaits sans changer la structure politique des États. La deuxième proposition appelle une refonte du système politique et juridique, en y faisant entrer les notions de minorité politique et de protection culturelle dans une idée de justice sociale repensée. La troisième se distingue des deux premières par un rejet des conceptions libérales dont la prétention universaliste serait biaisée et cherche un espace politique différent où s'émanciperait la spécificité autochtone. Chacune de ces positions ont fait l'objet de critiques qui nous permettrons de comprendre leurs limites et la nature du débat qui a lieu sur les revendications autochtones.

²⁹⁶ K. SHAW, préc., note 183, p. 211.

²⁹⁷ Iris Marion YOUNG, «Hybrid Democracy : Iroquois Federalism and the Postcolonial Project», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), préc., note 295, p. 237, à la page 252.

b) La neutralité bienveillante

La première proposition invoque une forme de neutralité libérale qui ne créerait pas de changement paradigmatique en vue de répondre aux revendications politiques autochtones. Elle entretient une conception dynamique des groupes culturels, sujets à changement dans leur substance et possiblement hétérogènes dans le panorama des appartenances que peuvent entretenir leurs membres avec les autres sphères culturelles et politiques. Selon cette conception, le fait de se concentrer exclusivement sur la reconnaissance du caractère distinctif d'un groupe, et par le fait même de lui octroyer un statut juridique ou politique particulier, revient à potentiellement donner des pouvoirs significatifs à des élites locales et créer une précarité pour les «minorités internes», groupuscules dans le groupe pouvant faire l'objet de discrimination en raison de certaines caractéristiques personnelles.²⁹⁸ Les membres homosexuels d'un groupe culturel en pourraient être un exemple. Une autre mise en garde face à une approche pluraliste d'une société concerne la dissolution d'un sentiment d'appartenance commun au profit d'un sectarisme potentiel:

at best, the politics of difference will do nothing to reduce the levels of oppression in society, while serving further to divide one group from another and further alienating many of them from the mainstream society.²⁹⁹

Cette première approche suggère de considérer ces groupes comme étant fondamentalement fluides et variables. Leur fluctuation serait telle que ces derniers ne pourraient constituer une «identité naturelle et originale» constituant une base fiable pour régir les rapports entre les individus. Un groupe culturel serait donc une construction sociologique instable, donc faillible, à laquelle les tenants de la première proposition préfèrent l'individualisme.³⁰⁰ Les membres d'un groupe

²⁹⁸ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 19. : «supporter of a cosmopolitan idea of autonomy insists that the influence of a culture can lead to its blind devotion. Concerns about illiberal practices, such as oppression on woman, and secularisation of groups have provided powerful and difficult arguments to shift».

²⁹⁹ Chandran KUTHAKAS, «Liberalism, Multiculturalism and Oppression», dans Andrew VINCENT (dir.), *Political Theory : Tradition & Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 132, à la p. 149. Voir également Tom FLANAGAN, *First Nations? Second Thoughts*, 2^e éd., Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008, p. 195.

³⁰⁰ C. KUTHAKAS, préc., note 299, à la page 150.

culturel jouiraient ainsi d'une liberté d'adhésion à l'orientation et aux valeurs de ce dernier. Dans cette optique, maintenir la conception non-interventionniste du libéralisme est nécessaire. Il faut cependant s'assurer que les principes du libéralisme, l'égalité en particulier, soient intégralement appliqués à toute la population de l'État, incluant les membres d'un groupe culturel. Cette égalité, incompatible avec une conception collectiviste des droits, écarte donc la création de droits spécifiques à des groupes. Le principe de non-discrimination, corrélatif du droit à l'égalité entre les individus, permettrait de défendre les intérêts de ces groupes sans remettre en question la structure juridique individualiste actuelle.³⁰¹ C'est pour cette raison que l'on nomme cette position la «neutralité bienveillante», l'État étant théoriquement neutre face à la diversité culturelle qui compose sa société.³⁰²

On reproche à la première proposition le détournement de la spécificité culturelle et politique des groupes autochtones en leur octroyant des droits individuels indifférenciés, ignorant à la fois les particularités cosmogoniques de leur culture et leur histoire marquée par une relation coloniale répressive. Selon ses détracteurs, cette approche défendrait une position assimilatrice dissimulée sous le couvert d'une neutralité politique. Elle ne prendrait pas en compte la précarité d'un groupe soumis aux décisions de la majorité :

Aussi, l'idéal de «neutralité bienveillante» n'est pas, en fait, bienveillant. Il ne tient pas compte du fait que les membres d'une minorité nationale subissent un préjudice auquel ne sont pas exposés les membres de la majorité.³⁰³

Ainsi expliquée, cette première approche n'est pas sans rappeler les prémisses du *Livre blanc* proposé comme nouvelle politique autochtone par le gouvernement fédéral canadien en 1969 pour tenter de solutionner les problèmes socio-économiques des Indiens. Ces problèmes, selon la politique fédérale de l'époque, trouvent leur origine dans le statut particulier de l'Indien qui, «isolé de ses compatriotes, [...] en est venu à être considéré par les autres canadiens comme un

³⁰¹ B. KINGSBURY, préc., note 182, 195.

³⁰² Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Éditions du Boréal, 2001, p. 159.

³⁰³ *Id.*, p. 162.

être à part.»³⁰⁴ L'objectif de cette nouvelle politique était en conséquence d'abolir toute trace de son statut particulier et permettre «la participation entière, libre et égale —non discriminatoire— de l'Indien à la vie sociale de [notre] pays.»³⁰⁵ Les partisans de la neutralité bienveillante affirment que cette approche respecte le droit à l'autodétermination des autochtones, étant donné qu'ils disposent, en tant que citoyens à part entière de l'État, des opportunités participatives au processus démocratique en place.

Cette approche fut ouvertement décriée par les autochtones parce qu'identifiée comme un mécanisme visant leur assimilation à la société englobante sans égard pour leur identité et leurs territoires. James Tully considère qu'en dissolvant les droits politiques des autochtones dans la masse de la majorité nationale, la neutralité bienveillante répudie plutôt que protège leur droit à l'autodétermination.³⁰⁶

La proposition du *Livre Blanc* au Canada a provoqué un mouvement de contestation autochtone important³⁰⁷ qui correspond à la «renaissance» des revendications autochtones. Cette mobilisation va évoluer jusqu'à la reconnaissance de leur spécificité ainsi qu'à un rejet catégorique de toute tentative d'assimilation par la culture occidentale dominante. On peut donc considérer cette option comme désuète, du moins dans le domaine des théories qui tentent d'harmoniser les autochtones au système juridique de l'État. Comme nous le verrons plus loin, cette approche est cependant appliquée par les autorités judiciaires, qui la préfèrent à d'autres options plus controversées. Les autochtones s'opposent néanmoins à cette approche, fondée sur des protections individuelles, soutenant qu'elle ne parviendrait

³⁰⁴ *La politique indienne du gouvernement du Canada*, présentée à la première session du 28^e Parlement par l'Honorable Jean Chrétien, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, p. 8.

³⁰⁵ *Id.*, p. 5.

³⁰⁶ James TULLY, «The Struggles of Indigenous Peoples for and of Freedom», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), préc., note 295, p. 36, à la page 56.

³⁰⁷ *La Fraternité des Indiens du Canada* (organisation précédant l'*Assemblée des Premières Nations du Canada*, l'institution politique nationale actuelle des autochtones du Canada) va notamment répondre au *Livre blanc* par le «*Livre rouge*» (*Red Paper Policy*), proposant un renforcement des spécificités autochtones, un respect des traités historiques conclus à l'époque coloniale et une protection accrue de leurs cultures et territoires : INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA, *Citizen Plus*, Edmonton : s.n, 1970.

pas à répondre adéquatement à leurs demandes. À la suite de l'analyse de trois cas usant du principe de non-discrimination pour répondre à des réclamations autochtones, Kingsbury en arrive à des conclusions similaires:

[...] practice and experience suggest that additional concepts are needed and often deployed. Issues connected with distinct histories, cultures, and identities animate the search for alternative concepts of international law and national law [...]³⁰⁸

Les deux propositions qui suivent vont tenter de répondre à cette demande en injectant de nouvelles notions dans la conception moderne du libéralisme et en réinterprétant le principe d'égalité qui s'y trouve. À travers cet effort, elles dévoilent les particularités conceptuelles des revendications autochtones et les limites d'une harmonisation entre celles-ci et la philosophie juridique occidentale. Elles considéreront ainsi les communautés autochtones comme des entités politiques légitimes qui réunissent les caractéristiques d'un peuple. La deuxième proposition tente de réconcilier ces souverainetés dans la structure étatique existante, tandis que la troisième rejette la construction politique moderne et plaide pour une nouvelle relation entre les peuples autochtones et les États.

c) L'aménagement des minorités au sein du libéralisme

La deuxième proposition revendique une reconnaissance du droit à l'autodétermination et des droits autochtones fondamentaux, mais avec pour considération première le bien-être de l'individu qui évolue dans le groupe ainsi protégé. Les tenants de cette position considèrent que la protection d'un espace culturel sociétal est essentielle à ce bien-être en ce qu'elle permet la réalisation substantielle des droits individuels. Elle accepte l'idée de modifier la pensée politique libérale, mais dans les limites de sa conception de l'égalité et de l'autonomie.

La substance des droits individuels à laquelle fait référence cette proposition se retrouve dans les valeurs référentielles sur lesquelles l'individu s'appuie pour faire un choix éclairé, c'est-à-dire celles de son espace culturel. Elle justifierait en conséquence la création d'une protection durable de ce groupe culturel sans

³⁰⁸ B. KINGSBURY, préc., note 182, 202.

contredire les préceptes du libéralisme individuel. Cette conception de la justice impliquerait une compensation pour les désavantages sociaux d'un groupe marginalisé ou opprimé en même temps qu'elle offrirait aux individus la possibilité de réviser leur conception du bien.

L'autonomie de l'individu est donc essentielle puisqu'elle permet de le protéger contre des valeurs anti-libérales susceptibles d'entraver sa possibilité de choisir le «bien», entraves que l'on pourrait aisément imaginer provenir de contraintes idéologiques imposées par un groupe à ses membres. Le groupe culturel y est ainsi respecté dans sa dimension dynamique et auto-référentielle, puisque ses membres possèdent les moyens d'en questionner les valeurs et de s'y identifier ou non. Cette approche rend légitime le traitement différencié des groupes tout en se maintenant dans les limites du libéralisme, contournant ainsi les craintes de la première proposition.

Le théoricien politique Will Kymlicka est l'un des précurseurs de cette proposition.³⁰⁹ Selon lui, l'égalité entre les individus que défend le libéralisme politique moderne exigerait la création de droits de groupes. L'individu, détenteur de droits fondamentaux, doit être entendu non pas comme un élément libre dans l'absolu, mais comme enchâssé dans une culture d'appartenance, une «culture sociétale» qui lui permet de déterminer les options possibles pour la définition de ses valeurs.³¹⁰ Évoluant dans une culture majoritaire, naturellement favorable à une prise de décision qui l'avantage, les groupes minoritaires nationaux requièrent ainsi une protection de leurs institutions. Cela rendrait compatible la pensée libérale et une politique pluraliste. Cependant, deux conditions fondamentales suivantes doivent être respectées pour préserver les principes fondamentaux du libéralisme :

Bref, une perspective libérale se fonde sur la *liberté au sein* du groupe minoritaire et sur l'*égalité entre* les groupes minoritaires et majoritaires. Je crois qu'un système de droits des minorités respectant ces deux exigences est parfaitement libéral.³¹¹

³⁰⁹ Voir W. KYMLICKA, préc., note 302.

³¹⁰ *Id.*, p. 83.

³¹¹ *Id.*, p. 218.

La teneur de la protection d'un groupe n'est cependant pas uniforme. Étant donné que cette proposition politique vise l'égalité entre les citoyens et est abordée sous l'angle de l'appartenance culturelle, il faut soupeser la vulnérabilité de l'intégrité culturelle du groupe afin de déterminer l'intensité des mesures de protection qui lui sont applicables et les droits qui en découlent.

Les droits culturels sont de trois ordres, chacun exerçant une pression plus ou moins forte sur l'appareil étatique. À une extrémité du spectre se trouvent les droits à l'autodétermination qui incluent une autonomie gouvernementale et une assise territoriale. Suivent ensuite des droits spéciaux de représentation qui garantissent l'intervention de représentants du groupe dans les prises de décision de l'État, puis enfin, les droits dits «polyethniques» qui protègent les différentes formes d'expression d'une culture minoritaire —par exemple, les pratiques religieuses, la langue et les formes traditionnelles de subsistance.³¹² Les mesures de protection reconnues à un groupe donné peuvent correspondre à chacune de ces catégories selon ce que justifie sa situation sociale, son rapport historique avec l'État englobant et ses caractéristiques culturelles.

Contribuant à cette proposition politique de Kymlicka dans le cadre d'une théorie de la représentation démocratique effective, Philip Pettit considère que ces trois types de droits exclusifs reconnus à des groupes minoritaires constituent des mécanismes permettant une protection à l'encontre des décisions imposées par la majorité. Dans un contexte de représentation électorale universelle, les représentants de la majorité numérique pourraient prétendre défendre les intérêts communs de tous en vertu de la légitimité démocratique dont elle dispose sans que ces intérêts correspondent nécessairement à ceux des minorités.³¹³ Dans ce contexte et en quête d'un idéal de représentation, les minorités doivent ainsi disposer d'une capacité égale de contestation de ces décisions dont la forme peut s'échelonner du simple droit de

³¹² *Id.*, p. 44 et suiv.

³¹³ Philip PETTIT, «Minority Claims Under Two Conceptions of Democracy», dans D. IIVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), préc., note 295, p. 199, à la page 205. Pettit identifie deux types de «faux intérêts» dont doit se protéger le système démocratique: les «false negative», soit la non-identification de certains intérêts, auquel répond un système électoral universel, et les «false positive», soit la mauvaise identification de certains intérêts communs contre lequel seul un système offrant aux minorités des mécanismes de contestation peut se défendre.

consultation jusqu'à l'autonomie gouvernementale.³¹⁴ De tels droits seraient par ailleurs déjà appliqués dans les États qui abritent des peuples autochtones. Une étude de Paul Havemann recense dans les droits canadien, australien et néo-zélandais ces trois types de droits parmi les législations appliquées aux autochtones.³¹⁵ Leur existence serait cependant le résultat de facteurs politiques plutôt qu'à une distribution idéale déterminée en fonction de la particularité de chaque groupe qui est proposée ici.

Afin d'identifier le bénéficiaire de chaque type de protection, Kymlicka distingue les minorités ethniques des minorités nationales.³¹⁶ La différence fondamentale entre celles-ci réside dans l'intention du groupe. Les minorités ethniques sont incorporées dans le tissu social de l'État par le biais de l'immigration. Leur intention, bien qu'elles désirent certaines protections culturelles, est d'obtenir une reconnaissance égale à celle des autres membres de leur nation d'accueil sur une base individuelle et dans le cadre des structures publiques existantes.³¹⁷ Cela nécessite la mise en place de politiques de discrimination positive par l'État. Les droits «polyethniques» qui en découlent ont donc «pour but de favoriser l'intégration dans la société» tout en reconnaissant les différences culturelles du groupe.³¹⁸

Les minorités nationales n'aspirent pas à cette intégration. Elles demandent au contraire une reconnaissance de leur spécificité par la mise en place d'un régime différent de celui de la majorité, régime qui s'accompagne de pouvoirs de décision. Les minorités nationales sont définies par Kymlicka comme des groupes ayant échoué à s'imposer comme État lors de leur formation et qui ont été enclavés dans un État contre leur gré, se trouvant alors dans une situation vulnérable face aux

³¹⁴ *Id.*, à la page 213.

³¹⁵ Paul HAVEMANN, «Indigenous Peoples, the State and the Challenge of Differentiated Citizenship: A Formative Conclusion», dans P. HAVEMANN (dir.), préc., note 285, p. 468, à la page 473.

³¹⁶ Nous avons vu que Kymlicka utilise cette catégorisation afin de faire une distinction entre les minorités et les autochtones : *supra*, p. 84.

³¹⁷ W. KYMLICKA, préc., note 302, p. 30. En effet, «si les groupes issus de l'immigration ont ainsi affirmé, avec plus en plus de force, leur droit à l'expression de leurs particularités ethniques, ils ont cependant souhaité, en général, exercer un tel droit au sein des organismes publics [...]. Contrairement aux minorités nationales, leur refus de l'assimilation ne signifie pas qu'il souhaitent l'instauration d'une société parallèle.»

³¹⁸ *Id.*, p. 51.

décisions de la majorité auxquelles elles ne peuvent opposer leur point de vue.³¹⁹ Selon cette approche, les peuples autochtones sont dans la même situation que les minorités nationales.

Cette approche des groupes bénéficiant d'une protection particulière présente l'avantage de résorber le débat opposant cosmopolitanisme et pluralisme au sein des théories de la justice. Le cosmopolitanisme propose une protection individuelle des membres de minorités culturelles tandis que le pluralisme promeut une forme d'autonomie politique de ces dernières. Selon Kymlicka, cette opposition relève d'une confusion entre deux réalités du multiculturalisme. Les minorités immigrantes, incorporées dans l'État après sa création et détentrices de droits polyethniques de type cosmopolite, et les minorités nationales, sociétés fonctionnelles et intégrées de force dans un État dominant, aux revendications de type pluraliste, sont toutes deux légitimement fondées au sein du libéralisme de Kymlicka.³²⁰

Une des principales critiques du modèle de réconciliation proposé par Kymlicka concerne le cas des minorités internes non-libérales. Ces dernières peuvent imposer des contraintes à leur communauté en violation des droits fondamentaux libéraux. Les auteurs de cette objection, surtout abordée sous l'angle de la liberté de conscience et du cloisonnement ethnique, prétendent que le modèle multiculturaliste de Kymlicka n'apporte pas de réponse aux pratiques culturelles antilibérales qui pourraient être exercées au sein de groupes protégés :

It is through this process of expecting nations within to be cosmopolitan that Kymlicka reconciles liberal concepts with the protection of minority cultures/nations. In his view, as long as the nation within is a liberal nation then it should be protected.³²¹

³¹⁹ *Id.*, p. 25.

³²⁰ Cette confusion est exposée par Kymlicka dans le contexte du modèle multiculturaliste préconisé par les États-Unis : KYMLICKA, Will, préc., note 292, p. 216.

³²¹ Brenda L. GUNN, «Protecting Indigenous Peoples' Lands: Making Room for the Application of Indigenous Peoples' Laws Within the Canadian Legal System» (2007) 6 (1) *Indigenous Law Journal* 31, 45.

Dans son analyse de la contribution de Kymlicka,³²² B. Gunn identifie une lacune importante. Le modèle de réconciliation proposé, en effet, correspondrait à une société dotée des caractéristiques du libéralisme cosmopolite. Elle ne peut donc s'appliquer à des groupes culturels antilibéraux. Ce problème a été étudié par Kymlicka dans son ouvrage principal. Il y affirme qu'imposer des principes libéraux à des minorités nationales antilibérales résulterait en plus de tort que de bien, et que l'État, de toute façon, ne dispose pas de la légitimité nécessaire à cette fin, qu'elle soit morale ou juridique.³²³ Il faudrait ainsi promouvoir l'autonomie individuelle par l'exemple et l'éducation³²⁴ et décentraliser les gouvernements autochtones ainsi que les instances de révision judiciaire qui les chapeaute. Cependant, l'intensification de l'autonomie gouvernementale des autochtones entraîne l'amenuisement de l'autonomie individuelle libérale, centrale à la thèse de Kymlicka, ce qui crée un paradoxe dans la mise en œuvre de cette proposition.³²⁵

Les exemples utilisés par le Kymlicka concernent des valeurs non-libérales «modérées», et la question des cas de violations graves n'est pas abordée. Niezen, dans son ouvrage sur l'origine de l'autochtonité³²⁶ aborde la difficile conciliation entre le relativisme culturel et les droits universels. Il utilise entre autres la pratique de l'excision comme exemple d'une spécificité culturelle intolérable et assimilable à la torture, auquel aucune concession ne serait possible dans une société respectant le droit à l'intégrité physique. Bien que cet exemple soit extrême, cela soulève la question d'autres pratiques plus répandues et tout aussi inacceptables dans une société libérale moderne, comme les mariages forcés ou une autorité antidémocratique. Des groupes autochtones autonomes protégés pourraient ainsi violer à la fois la souveraineté de l'État et les droits fondamentaux du libéralisme, ce qui ne peut être compatible avec le postulat de Kymlicka.

³²² W. KYMLICKA, préc., note 292.

³²³ *Id.*, à la page 229.

³²⁴ W. KYMLICKA, préc., note 302, p. 242.

³²⁵ D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS, préc., note 295, à la page 19.

³²⁶ R. NIEZEN, préc., note 1, p. 112.

De l'avis de Xanthaki, cette incompatibilité apparente entre droits collectifs et culturels et les droits individuels libéraux serait rigide et manichéenne. Ce débat ignorerait la capacité d'un système processualiste à résoudre de tels conflits. En effet, une hiérarchie claire et figée entre les droits individuels eux-mêmes n'existe pas, et ces derniers entrent souvent en conflit les uns avec les autres. Il en est de même de l'équilibre entre les droits autochtones à caractère collectif et les droits fondamentaux individuels.³²⁷ Il appartiendrait à une autorité de juger, dans chaque cas, les intérêts en jeu :

Any such conflicts between rights, principles and norms are generally solved on an ad hoc basis, after taking into account various considerations. The same process must be used in conflicts between individual and collective rights.³²⁸

S. J. Anaya considère également que cet exercice d'équilibre entre des mesures de protection culturelle et les droits humains est nécessaire et incontournable.³²⁹ Il ajoute cependant que cet exercice soulève une question délicate de légitimité. Le processus de décision requis pour déterminer cet équilibre doit en effet se situer dans une structure de pouvoir, par exemple le système judiciaire d'un État. Pour bénéficier de la légitimité nécessaire à la validation ou non d'une pratique culturelle face aux droits humains fondamentaux, S.J. Anaya considère qu'un minimum de déférence envers le processus décisionnel propre à la communauté culturelle touchée est essentiel.³³⁰ À l'équilibre entre les droits collectifs et individuels s'ajoute ainsi celui de la légitimité de l'autorité locale et nationale.

Malgré ces éléments de réponse, la création de groupes identifiés en fonction de leur culture auxquels est accordé un régime de droits exclusifs suscite des réticences. Certains considèrent que cette nouvelle conception du multiculturalisme ne serait autre que l'héritage des politiques ségrégationnistes du début du siècle, telle qu'appliquée par exemple à l'égard des afro-américains, aux États-Unis, au début du

³²⁷ Le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale des Nations Unies en fait une démonstration éloquente au cours de ses travaux, tel que Thornberry en rend compte dans une analyse de sa jurisprudence : P. THORNBERRY, préc., note 130, à la page 44.

³²⁸ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 34.

³²⁹ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 133.

³³⁰ *Id.*

20^e siècle. Une philosophie discriminatoire et sectaire serait dissimulée sous l'identification d'une réalité sociale faussement objective, prétendument fondée sur les traditions orales et les particularités culturelles des autochtones.³³¹ Ce raisonnement sert de justification aux partisans de la première proposition pour rejeter le modèle multiculturel en faveur de celui axé sur la non-ingérence de l'État. Cette non-ingérence qui a pour corollaire une neutralité aveugle aux différences culturelles au sein de la société éviterait donc, aux yeux des adeptes de cette neutralité politique, le piège d'une identification erronée des groupes culturels. Cette position met l'accent sur la tolérance et rejette l'idée d'une protection externe d'un groupe.

Face à cet argument, Kymlicka considère que la première proposition ne se concentre que sur la tolérance prônée par le libéralisme et néglige un de ses principes fondamentaux, soit celui de l'égalité substantielle. Cette tolérance, guidée par la règle du non-interventionnisme, ne peut faire face à la réalité du multiculturalisme actuel, où des groupes imposant des contraintes individuelles à leurs membres existent dans l'État et évoluent indépendamment de son autorité. Il ajoute que même si l'État était en mesure d'intervenir sur une contrainte non-libérale imposée par un groupe —au nom de l'égalité des individus et des droits fondamentaux individuels— ce dernier ne disposerait pas de la légitimité nécessaire à une intrusion dans les pratiques culturelles individuelles. En effet, la neutralité bienveillante ne respectant pas les intérêts légitimes des minorités nationales en les soumettant à l'autorité de la majorité, elle ne peut disposer de la légitimité démocratique lui permettant d'intervenir dans les affaires internes du groupe.³³² Rappelons cependant que la proposition de Kymlicka ne permet pas la prévention de ces pratiques illibérales et se fonde sur l'idée que l'éducation de son prochain pourra l'amener à apprécier les bienfaits du libéralisme.

Une seconde critique envers les mesures de protection externes développées par la deuxième proposition concerne les revendications historiques des autochtones. Comme le rappelle Richard Spaulding, la proposition de Kymlicka se base sur

³³¹ Jean-Jacques SIMARD, «Comment consoler les autochtones?», dans T. FLANAGAN, *Premières Nations? Seconds regards*, Sillery, Septentrion, 2002, p. 227, à la page 240.

³³² W. KYMLICKA, préc., note 302, p. 221.

l'égalité prônée par le libéralisme afin de justifier les droits de groupe.³³³ Elle corrige les désavantages sociaux qui affectent les groupes et leur autonomie afin de créer une égalité culturellement sensible. L'injustice historique est prise en compte dans le processus d'identification du désavantage du groupe, mais elle ne fonde pas ses droits :

Reference to historical injustice, including forced state membership, provides the *causal* explanation for the current disadvantage. It is not an independent ground for differential rights.³³⁴

Ainsi, bien que l'injustice historique puisse être la source de la discrimination dont souffrent actuellement les autochtones, elle ne sera pas prise en compte dans l'évaluation des droits qui leur reviennent en vertu de l'égalitarisme culturel de Kymlicka. Dans le cas des droits territoriaux, la détermination de l'assise foncière revenant aux titulaires des droits autochtones —ainsi que les modalités de sa protection— ne s'appuierait pas sur le respect des traités ou la rectification des usurpations passées, puisque le multiculturalisme de Kymlicka s'intéresse à créer une égalité fondée sur la situation actuelle des groupes culturels. Une distribution des ressources en vertu de ce type d'égalitarisme cherche à corriger l'inégalité contemporaine des individus et de leur culture d'appartenance et ne s'appuie pas sur des événements passés pour établir cette égalité. Ce modèle pourrait donc ne pas correspondre aux revendications historiques des autochtones, qui concernent parfois des territoires plus vastes que ceux auxquels ils ont droit selon Kymlicka.³³⁵

La limitation des réparations historiques en vertu de la justice distributive est l'objet d'un débat théorique qui sera abordé au prochain point. Les auteurs John Bern et Susan Dodds identifient également d'autres anomalies liées au fondement de ce modèle de réconciliation. Selon eux, les droits fondés sur une appartenance culturelle sont différents de ceux qui sont fondés sur le désavantage social d'un

³³³ Voir Richard SPAULDING, «Peoples as National Minorities: A Review of Will Kymlicka's Arguments for Aboriginal Rights from a Self-Determination Perspective» (1997) 47 *U. Toronto L. J.* 35.

³³⁴ John BERN et Susan DODDS, «On the Plurality of Interests : Aboriginal Self-government and Land Rights», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), préc., note 295, p. 163, à la page 170.

³³⁵ R. SPAULDING, préc., note 333, 43.

groupe. Ils ne bénéficient pas aux mêmes individus. Cette approche engendrerait ainsi de nouveaux obstacles aux revendications identitaires autochtones.³³⁶

On reproche finalement à cette proposition de maintenir subrepticement une logique néo-coloniale. En défendant un droit à l'autodétermination limité au sein d'un État qui conserverait sa souveraineté prééminente, les autochtones sont envisagés comme faisant incontestablement partie d'un État.³³⁷ S'ils peuvent se faire attribuer certaines prérogatives de gouvernance—dans le seul but de protéger leur culture—, ils ne pourront jamais en dépasser les limites :

This kind of justification of minority rights operates within a vocabulary of delegation. It presupposes the normative legitimacy of the boundaries of the political community in which such rights are asserted.³³⁸

De cette hypothèse, Macklem déduit les conséquences au niveau de la détermination des prérogatives politiques et juridiques du groupe culturel. Nécessairement octroyées par l'État, ces prérogatives sont accordées au moyen d'un examen dont ce dernier fixe lui-même les paramètres. L'État ne pourrait donc satisfaire les exigences minimales de légitimité prônées par S. J. Anaya.³³⁹ Cette proposition ne remettrait pas en cause l'aporie d'un pouvoir illégitime qui maintient sur les peuples autochtones son autorité ultime. Les revendications autochtones, aux termes du modèle de Kymlicka, seraient, contrairement au point de vue qui les fonde sur le principe de l'autodétermination des peuples,³⁴⁰ diminuées et absorbées par les

³³⁶ J. BERN et S. DODDS, préc., note 334, à la page 171. Les auteurs ajoutent que Kymlicka n'indiquent pas clairement comment les droits de représentation spéciaux seront identifiés, hormis sous le vocable vague des «intérêts autochtones», inévitablement dictés par la culture dominante.

³³⁷ J. TULLY, préc., note 306, à la page 56.

³³⁸ P. MACKLEM, «The Wrong Vocabulary of Right: Minority Rights and the Boundaries of Political Community» dans A. SAJÓ (dir.), *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, Netherlands, Eleven International, 2006, p. 255, à la page 259. L'analyse de Spaulding, qui compare les points de vue de Kymlicka et de Macklem en arrive à la même conclusion : « Kymlicka's argument addresses how much of this partially political good individuals are getting from the state, as state citizens, not what authority any individual or group might have independently of its state citizenship. In such an intra-state distributional framework, no right of self-government exists independently of state authority. » : R. SPAULDING, préc., note 333, 63-64.

³³⁹ Voir *supra*, p. 99.

³⁴⁰ J. TULLY, préc., note 306, à la page 41. Les deux premières propositions exposées ici feraient donc partie d'une même stratégie d'extinction des droits à l'autodétermination des peuples autochtones. L'accommodement qui découlerait de la deuxième proposition est décrit ainsi par Tully : «[...] indigenous peoples are recognised and accommodated as members of Canada and bearers of, or at

instances décisionnelles étatiques. Ces dernières, afin de satisfaire les exigences de protection des groupes culturels, emploient un langage de droits humains alors que les autochtones devraient plutôt bénéficier de droits politiques.³⁴¹ Cette approche entraîne donc une forme d'autonomie interne limitée à certains objectifs de préservation culturelle. Elle est vivement critiquée par Koubi et Shulte-Tenckhoff qui y voient une stratégie discursive guidée par les intérêts des États. Selon elles, le «rôle grandissant du concept d'autodétermination interne» procède «d'une double mythification, à savoir l'idée qu'il existe des peuples (autochtones) qui ne disposeraient pas du droit à libre disposition [...] dans la mesure où il ne seraient pas de vrais peuples au sens du droit international».³⁴² Cette critique constitue le fondement de la troisième proposition qui se concentre sur le problème de la légitimité de la souveraineté présumée des États et plaide pour une nouvelle définition de l'entente politique entre les descendants des États coloniaux.

d) La légitimité retrouvée à travers la réconciliation de l'histoire

La troisième proposition en est une qui a été moins élaborée dans sa substance et pourrait plutôt être considérée comme une critique. Elle rejette les deux dernières propositions en soutenant que les normes libérales et les institutions qui les appliquent sont incompatibles avec les aspirations autochtones et illégitimes dans leurs fondements. Ces normes et institutions doivent en conséquence être profondément repensées pour faire place aux revendications autochtones.

On reprocherait au libéralisme —tel que conçu dans la structure juridique et politique dominante— son incompréhension du caractère distinctif des revendications autochtones, notamment en ce qui a trait à leur autodétermination et leurs territoires historiquement possédés dont découlerait une souveraineté inhérente. Cette position est vivement affirmée par J. Y. Henderson :

least claimants to, a range of aboriginal group rights, in exchange for surrender or denying the existence of their rights as free peoples».

³⁴¹ P. MACKLEM, note 398, à la page 269. Tully met en lumière ce glissement entre l'emploi de droits culturels par les États et de droits à l'autodétermination par les institutions internationales pour répondre aux revendications autochtones : Voir J. TULLY, préc., note 306.

³⁴² G. KOUBI et I. SHULTE-TENCKHOFF, préc., note 178, 15.

Eurocentric thought has dreamed imaginary societies that generate our cognitive prisons. Eurocentric law and punishment sustained them. These noble visions, however, have remained flawed and the legal systems they have created have trapped indigenous peoples.³⁴³

Le processus d'élaboration des droits autochtones en cours s'appuierait sur des principes erronés. Ils proviennent d'une pensée eurocentrique qui contribue à renforcer un paradigme inapproprié, soit celui du positivisme juridique dont la seule autorité acceptée est l'État. Cette autorité est fondée sur une usurpation de la souveraineté autochtone³⁴⁴ et ne dispose pas de la légitimité nécessaire pour être maintenue à leur égard. Il faut ainsi se distancier de cette pensée avant de développer un concept juste des droits autochtones :

Properly recognising the claims of indigenous peoples today, however, requires challenging the international system of sovereign states.³⁴⁵

La pensée libérale se serait basée sur une perception erronée de la nation en tant qu'unité politique. Elle ignore l'histoire qui a construit l'idée de nation moderne occidentale. Cette fiction rend impossible sa capacité à accueillir des concepts étrangers, qu'elle qualifie dès lors de «spéciaux» ou de «sui generis», comme dans le cas des droits autochtones.³⁴⁶ En raison de ce postulat erroné, le libéralisme se serait limité à des notions de justice distributive et se serait montré récalcitrant à faire pénétrer l'injustice historique et la culture particulière autochtone parmi les facteurs de distribution des pouvoirs et ressources.³⁴⁷ Le développement des droits autochtones qui en découle prend la forme de règlements de revendications particulières, de divers accommodements institutionnels et d'aménagements polyethniques propre au multiculturalisme. Ces mesures sont axées sur la notion de

³⁴³ J. S. HENDERSON, «Postcolonial Indigenous Legal Consciousness» (2002) 1 *Indigenous L. J.* 1, 14.

³⁴⁴ Voir à ce sujet M. MORIN, préc., note 2, p. 61.

³⁴⁵ I. M. YOUNG, préc., note 297, à la page 252.

³⁴⁶ William E. CONNOLLY, «The Liberal Image of the Nation», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), préc., note 295, p. 183, à la page 188. Nous aurons l'occasion d'examiner ce type de qualification au prochain point: *infra*, p. 113.

³⁴⁷ La justice distributive s'inscrit dans une perspective égalitariste libérale de la distribution des ressources, où tous disposent d'une chance égale de pouvoir s'approprier les biens issus de la société, ce qui fait obstacle à une distribution inégale de ces mêmes ressources en vertu de droits liés aux possessions historiques ou aux particularités culturelles de certains groupes. Voir Micheal FREEMAN, «Back to the Future : The Historical Dimension of Liberal Justice», dans Max DU PLESSIS et Stephen PETÉ (dir.), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Oxford, Intersentia, 2007, p. 29.

conflit d'intérêts dans une même structure politique et leur octroi se fait conjointement au déni du statut de peuple libre des autochtones.³⁴⁸ Partant, la troisième proposition suggère de reconsidérer cette dynamique juridique du point de vue de la légitimité des acteurs politiques qui y participent, ce qui constituerait la clé d'une théorie juste des droits autochtones.³⁴⁹ La condition première de cette théorie réside dans la reconnaissance de la souveraineté inhérente des peuples autochtones.

Les traités conclus entre les nations autochtones et les colonisateurs constitueraient un témoignage de cette souveraineté historique, puisqu'ils auraient été adoptés dans un rapport de nation à nation en vertu du *jus gentium*, prédécesseur et source de notre droit international actuel. L'argument se fonde aussi sur l'occupation territoriale originelle des autochtones, qui étaient des sociétés politiquement organisées et qui détenaient un droit à l'autodétermination intrinsèque. L'illégalité de leur dépossession originale se poursuivrait dans le système international actuel et mériterait réparation :

The legal basis under which this independence was lost often was not accepted by the indigenous group involved, and even under the legal principles of contemporaneous international law espoused by the colonizers it may have been tainted by illegality.³⁵⁰

L'ouvrage *Repairing the Past?*³⁵¹ soulève les difficultés inhérentes à ce processus de réparation juridique, tout en révélant la nécessité de l'aborder. Ses auteurs rappellent en premier lieu la doctrine du droit intertemporel qui postule le principe de la non-rétroactivité des lois et empêcherait ainsi de réparer des actes du passé en vertu du droit international contemporain. Ce principe est clairement entériné en droit international³⁵² et ne saurait permettre une réparation à l'usurpation

³⁴⁸ J. TULLY, préc., note 306, à la page 41.

³⁴⁹ Roger MAAKA et A. FLERAS, «Engaging with Indigeneity : Tino Rangatiratanga in Aotearoa», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), préc., note 295, p. 89, à la page 92: «Legitimacy is the key issue: on what basis and by what authority do white settler systems exercise sovereignty over the land and its inhabitants?»

³⁵⁰ B. KINGSBURY, préc., note 182, 234.

³⁵¹ M. DU PLESSIS et S. PETÉ, préc., note 347.

³⁵² Voir l'article 11 (2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et l'article 15 (1) du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, qui stipulent tous deux que « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou

territoriale résultant de la colonisation, considérée moralement et juridiquement fondée à l'époque. Le droit international alors en vigueur était en effet loin d'être le système complexe d'obligations mutuelles guidées par des droits fondamentaux tel que nous le connaissons aujourd'hui.³⁵³

Cependant, qu'elle soit abordée d'un point de vue positiviste ou naturaliste, l'application rigide de cette doctrine ne pourrait résister aux valeurs fondamentales que l'on considère maintenant être au cœur des droits de l'homme.³⁵⁴ Les effets des violations passées qui se perpétuent aujourd'hui chez les descendants des victimes ne sauraient être tolérés par les normes contemporaines du droit international.³⁵⁵ De plus, Jérémie Gilbert considère que la doctrine du droit intertemporel elle-même offre une ouverture à la réparation de violations passées. En effet, le juge Huber indique dans l'*Affaire de l'Ile de Palmas* qu'en appliquant cette doctrine une distinction doit être faite entre la création d'un droit et le maintien de ce droit :

Le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit, exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit.³⁵⁶

La situation contemporaine des autochtones, conséquence directe de la violation de leurs droits historiques –droits créés au moment de leur contact avec le colonisateur—, pourrait donc selon Gilbert établir cette manifestation continue et être confrontée aux principes de droit contemporains qui exigent réparation.³⁵⁷

international au moment où elles ont été commises», et l'interprétation du juge Huber dans l'*Affaire de l'Ile de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas)*, CPJI, Sentence arbitrale du 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II. Source documentaire de la traduction française (non-officielle) : (1935) 42 R.G.D.I.P. 156.

³⁵³ M. DU PLESSIS et S. PETE, préc., note 347, à la page 25.

³⁵⁴ *Id.*, à la page 24.

³⁵⁵ M. DU PLESSIS, «Reparations and International Law : How Are Reparations to Be Determined (Past Wrong or Current Effects), Against Whom, and What Form Should They Take?», dans M. DU PLESSIS et S. PETÉ (dir.), préc., note 347, p. 147, à la page 155. Il précise cet argument soutenu par les «réparationnistes» en matière d'esclavagisme en fonction de la portée rétroactive possible d'une norme *jus cogens* : «Put differently, reparationists point out that the prohibition against slavery has attained the force of a *jus cogens* norm in contemporary international law with the result that there is some form of retrospective responsibility for the States who perpetrated slavery in the past.»

³⁵⁶ *Affaire de l'Ile de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas)*, préc., note 352.

³⁵⁷ J. GILBERT, préc., note 3, p. 159.

Le *jus gentium* du 17^e siècle, à la fois complice et instrument de violations massives des droits fondamentaux des autochtones, ne pourrait être considéré comme la seule source de création de droit. Stephen Peté et Max Duplessis considèrent en conséquence qu'une vision juste du droit international devrait considérer le point de vue des opprimés et non seulement de ceux qui profitaient de cette structure juridique :

The fact that a continent was colonized and its statesmen and leaders silenced, does not mean that we should accept the views of the oppressors as the only source of the content of international law at the time.³⁵⁸

Il faut donc dépasser les limites d'une approche juridico-positiviste de l'argument historiciste tout en articulant une réponse à la question du traitement particulier des autochtones qui puisse avoir un fondement moralement solide —et légitime— pour le supporter. Une telle réponse oblige une lecture de la justice en fonction d'un passé controversé :

Even though international law is concerned with the present situation facing indigenous peoples, it is certain that when addressing indigenous peoples' land rights the "weight of history" cannot be ignored.³⁵⁹

Plusieurs auteurs ont suggéré de nouvelles pistes pour établir une relation politique véritablement postcoloniale et juste. Selon ces auteurs, cette relation doit se faire entre des acteurs dotés d'une légitimité qui reflète à la fois l'histoire qui les définit et leur souveraineté inhérente. Ces auteurs reconsidèrent de façon plus ou moins substantielle la hiérarchie politique moderne entre l'État et les peuples autochtones. Roger Maaka et Augie Fleras privilégient par exemple un modèle de coopération et de coexistence, marqué par l'engagement constructif et le partage de pouvoir, qui entraîne une forme de bi-nationalisme et de partenariat par traité plutôt que la compétition de pouvoir à laquelle serait liée la définition actuelle de l'autochtonité.³⁶⁰

³⁵⁸ M. DU PLESSIS et S. PETE, «Reparations for Gross Violations of Human Rights in Context», dans M. DU PLESSIS et S. PETÉ, préc., note 347, à la page 25.

³⁵⁹ J. GILBERT, préc., note 3, p. 141.

³⁶⁰ R. MAAKA et A. FLERAS, préc., note 349, à la page 96.

L'idée d'un nouveau partenariat politique rejoint également la proposition de Tully. Ce dernier élabore une forme de fédéralisme constitutionnel animé par une reconnaissance de la diversité, un consentement mutuel et un esprit de continuité dans les négociations, ce qui reconnaît le statut de peuple libre tout en partageant les compétences entre les membres du partenariat.³⁶¹ Iris Marion Young s'en inspire pour construire un modèle qui démantèle le système des États de façon plus radicale, qu'elle nomme «decentred diverse democratic federalism».³⁶² Ce fédéralisme suggère une relecture hybride de l'histoire nationale, prenant acte de la contribution autochtone dans sa formation. Basé sur une autonomie locale globalisée et libérée du pouvoir de surveillance étatique, les autochtones y disposeraient d'un contrôle significatif sur leurs affaires internes, leurs actes étant sujets à révision à travers une centralisation de principes généraux dans une institution supra-nationale.³⁶³ Ce type de pluralisme est également préconisé par William E. Connolly, qu'il suggère multidimensionnel, où la culture publique de l'État est plurielle et se situe dans des sources multiples, et dont la cohésion est maintenue par l'engagement commun et la non-dominance.³⁶⁴ Ces modèles complexes ne sont ici que brièvement résumés. Nous en mentionnons les caractéristiques saillantes dans l'intention de démontrer leur objectif commun, soit la contestation d'une structure politique jugée inique et la nécessité de rétablir un rapport entre pouvoirs souverains. Elles soulignent de façon unanime une lacune fondamentale qui doit être prise en considération par une théorie politique postcoloniale, soit l'histoire injuste de la construction de l'État colonial.

La réparation des injustices historiques soulève plusieurs difficultés d'ordre analytique, juridique et politique. Les contributions des auteurs à ce sujet, bien qu'elles proposent des théories politiques justes qui font coexister des acteurs à la lumière de leur histoire, ne permettraient pas une réconciliation satisfaisante de la justice historique et de la justice distributive.

³⁶¹ J. TULLY, préc., note 306, à la page 58; I. M. YOUNG, préc., note 297, à la page 257. Voir également: J. TULLY, *Une étrange multiplicité: Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, coll. Prisme, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1999.

³⁶² Iris Marion YOUNG, préc., note 297, à la page 240.

³⁶³ I. M. YOUNG, préc., note 297, à la page 253.

³⁶⁴ W. E. CONNOLLY, préc., note 346, à la page 192.

Dans une critique de la théorie de Robert Nozick³⁶⁵ qui plaide pour une prise en compte des injustices passées dans la distribution des ressources et des pouvoirs, Micheal Freeman identifie trois problèmes de mise en œuvre qui en résulte.³⁶⁶ Bien qu'elle soit axée sur l'individu, la théorie de justice de Nozick partage des similitudes avec l'argument historiciste autochtone et nous permet d'en exposer les limites. Nozick s'appuie sur le concept de « détention juste » afin d'établir une distribution légitime des biens et pouvoirs entre les détenteurs. La détention juste est entendue comme celle qui ne fut pas obtenue par coercition ou tromperie. Une détention injuste, obtenue par l'un de ces moyens illégitimes, crée une injustice qui doit être rectifiée.

La première critique formulée par Freeman à l'endroit de cette théorie concerne l'identification de la détention juste dans le passé, la détention originelle et « juste » étant pratiquement impossible à déterminer. La deuxième —qui découle de la première— concerne le choix de l'injustice à réparer. Dans le cas probable où il est impossible de réparer toutes les injustices du passé —assurément nombreuses—, il en résultera une incertitude généralisée des droits et de leurs détenteurs actuels. Cette incertitude est incompatible avec une idée de justice et d'État de droit et s'avère irréalisable. La troisième concerne la forme adéquate que doit prendre la réparation. La seule façon d'identifier la compensation appropriée d'une injustice historique serait de connaître de quelle manière se serait poursuivi l'état d'origine si l'injustice n'avait pas eu lieu, ce qui est une autre impossibilité. Ainsi, plus une violation est distante dans le temps, plus elle doit céder la place à une justice distributive :

The more distant the injustice, the more uncertain the rights and obligations to which it gives rise, the more reparative justice should give way to distributive justice.³⁶⁷

Ces critiques démontrent à la fois la difficulté de formuler une réparation juste pour des événements politiques éloignés dans le temps où dominaient des philosophies

³⁶⁵ R. NOZICK, *Anarchie, État et utopie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008. Cette théorie est résumée dans la critique de Freeman : M. FREEMAN, préc., note 347, à la page 34.

³⁶⁶ M. FREEMAN, préc., note 347, à la page 35.

³⁶⁷ *Id.*, à la page 41.

juridiques qui nous sont désormais étrangères. Traduire ces faits historiques selon nos principes juridiques actuels risque de trahir l'esprit et l'intention du statut alors reconnu aux peuples autochtones —ou qu'ils se reconnaissaient eux-mêmes— et de passer outre les événements qui ont graduellement mené à la situation actuelle. Ce risque concerne en particulier le concept de souveraineté dans sa forme contemporaine³⁶⁸ :

[...] from an *Indian* perspective 'sovereignty' is an inappropriate concept. It did not emerge as a thesis from *Indian* culture; rather, it emerged as an 'antithesis' to Canadian claims of sovereignty over Indians.³⁶⁹

Kymlicka s'est également opposé à cet argument. Il souligne qu'il ne pourrait être réellement cohérent que s'il menait à la restauration d'États indépendants. En plus d'être impraticable, la création d'États indépendants n'est pas l'objectif de la plupart des revendications autochtones, même si elles s'appuient souvent sur cette rhétorique pour fonder leurs droits.

Les inquiétudes de Freeman relatives à la mise en œuvre d'une réparation en vertu de l'histoire coloniale trouvent résonance dans l'analyse critique de Jeremy Waldron concernant l'argument historique des autochtones. Ce dernier affirme que leur position est incohérente et qu'elle ne tiendrait pas compte, notamment, de l'évolution de la dynamique entre le colonisateur et les peuples autochtones.³⁷⁰ Il distingue à ce sujet deux types de fondements historicistes utilisés par les autochtones, selon lui, souvent confondus selon les intérêts en jeu; l'occupation antérieure au contact avec les Européens et l'occupation originelle du territoire, souvent qualifiée d'immémoriale. Ces deux fondements impliquent une approche différente de la définition des peuples autochtones ainsi que de leurs droits. Le premier fondement est assimilable à un principe bien connu en droit occidental relatif

³⁶⁸ Ainsi, la forme de souveraineté détenue à l'origine par les autochtones pourrait difficilement être celle entendue par les puissances coloniales de l'époque : W. KYMLICKA, «Theorizing Indigenous Rights», (1999) 49 *U. Toronto L. J.* 281, 286. Shaw analyse de façon détaillée l'appropriation du concept occidental de souveraineté par les autochtones et les dérapages conceptuels pouvant en découler : K. SHAW, préc., note 183.

³⁶⁹ Menno BOLT, *Surviving as Indians: the Challenge of Self-Government*, Toronto, University of Toronto Press, 1993, p. 134. Cité dans K. SHAW, préc., note 183, p. 145.

³⁷⁰ Jeremy WALDRON, «Indigeneity? First Peoples and Last Occupancy» (2003) 1 *New Zealand Journal of Public and International Law* 56.

à la stabilité foncière. Ce principe veut qu'une possession établie ne puisse être perturbée que selon une prescription fixée. Par analogie, on peut affirmer que les possessions territoriales autochtones constituaient un ordre établi qui fut perturbé par le colonisateur européen. La possession paisible et continue ne saurait être soutirée du possesseur qu'en vertu de certains intérêts communs et légitimes, ce qui ne fut pas le cas pour les autochtones.³⁷¹ Cet argument vient cependant s'opposer aux revendications des autochtones eux-mêmes, puisque ces derniers viennent bouleverser à leur tour un ordre établi; celui actuellement en place. On ne saurait modeler ce principe selon l'identité du demandeur. Le deuxième fondement, basé sur la première occupation humaine d'un territoire, possède l'avantage de permettre un changement radical de cet ordre, étant donné qu'il vise à restaurer une possession immémoriale et juste. Il est toutefois impossible d'établir clairement l'ultime première occupation d'un peuple, forçant son défendeur à remonter dans la nuit des temps pour révéler une occupation qui ne serait pas elle-même le fruit de la dépossession d'un autre groupe.³⁷²

Ainsi, la justice réparatrice prise indépendamment d'une perspective plus vaste d'aménagement des relations entre les autochtones et l'État souffre de contradictions inhérentes. Maaka et Fleras nous mettent en garde contre l'illogisme de sa mise en œuvre :

A 'winner-take-all' approach has the effect of reconstituting the very colonialism that indigenous peoples are seeking to discredit and discard [...] Reliance on results rather than relations appears to have generated as many problems as it solved.³⁷³

De plus, on reproche à cette troisième proposition l'argument de la particularité historique autochtone. Cette dernière s'avère difficile à isoler de celle d'autres peuples minoritaires s'étant retrouvés dans un État englobant.³⁷⁴ Les autochtones avancent pourtant cette particularité comme créatrice de droits qui leurs sont exclusifs. Dans son analyse de l'ouvrage *Indigenous Peoples in International*

³⁷¹ J. WALDRON, préc., note 370, 71.

³⁷² *Id.*, 75.

³⁷³ R. MAAKA et A. FLERAS, préc., note 349, à la page 96.

³⁷⁴ La différence entre peuples autochtones et autres minorités politiques ou culturelles a été abordée de façon plus substantielle au chapitre précédent: *supra*, p. 59.

Law, de S. James Anaya³⁷⁵ —considéré comme une référence importante dans le domaine des revendications autochtones— Kymlicka constate que les autochtones bénéficieraient d'un régime juridique particulier en raison d'une violation systématique —et plus forte que celles des autres groupes— de leur droit à l'autodétermination.³⁷⁶ Comme le soulignent Duncan Ivison et al., le fait de relier le droit à l'autodétermination à des degrés de souffrance fait entrer une notion intrinsèquement relative dans un raisonnement juridique et s'avère pour le moins problématique.³⁷⁷ Le philosophe Charles Taylor signale avec pertinence que la victimisation, bien que constituant un argument convaincant pour obtenir réparation, risque fort d'être improductive à long terme.³⁷⁸

Ces réflexions trouvent écho dans la jurisprudence canadienne relative aux droits des autochtones. Une approche particulière du droit y est déployée afin de répondre à la problématique de la légitimité de l'État face aux revendications autochtones. Bien qu'opérant dans une logique juridique positiviste, avec les contraintes qui s'y appliquent, la Cour suprême va développer une réponse aux revendications autochtones en s'efforçant de réconcilier le passé avec le présent. Tant l'argument historique que celui de la culture seront pris en compte dans le raisonnement des juges. L'emploi de concepts propres aux sciences sociales par la rationalité juridique constitue une des caractéristiques principales —et une des plus controversées— de cette jurisprudence et provoque plusieurs questionnements relatifs au rôle de l'appareil judiciaire dans l'appréciation des revendications autochtones.

³⁷⁵ S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 1996.

³⁷⁶ W. KYMLICKA, préc., note 368, 288-289.

³⁷⁷ D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS, préc., note 295, p. 9.

³⁷⁸ Charles TAYLOR, «Les raisons du *self-government* autochtone», dans T. FLANAGAN, *Premières Nations? Seconds Regards*, Sillery, Septentrion, 2002, p. 246, à la page 255. Il ajoute : «Mais une véritable réconciliation, une intégration qui rétablisse les différents citoyens sur un pied d'égalité, ne saurait se réaliser dans un rapport de victime à bourreaux. [...] Ainsi, le cachet de la victimisation risque d'entraver la création d'un rapport de concitoyenneté.»

e) L'approche culturaliste de la Cour suprême du Canada

La jurisprudence relative aux droits ancestraux s'est principalement développée au Canada à partir des années 1990. Elle fait suite à leur reconnaissance par la Constitution canadienne de 1982 :

«Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.»³⁷⁹

Durant cette période, la Cour suprême a développé une approche particulière de la réconciliation entre les revendications autochtones et l'État canadien. Bien que, comme nous l'avons mentionné, elle se situe dans les limites de la rationalité juridique, cette approche permet de placer en contexte les trois propositions qui ont été avancées. Les droits autochtones, comme l'analyse de Jeremy Webber le démontre, constituent des «droits de médiation» (*mediated rights*).³⁸⁰ Ils cherchent à traduire en droit positif les intérêts fondamentaux que cherchent à protéger les autochtones tout en les conciliant avec les intérêts du reste de la société. Ce phénomène de médiation à travers un système juridique occidental crée un droit d'interface, situé entre deux sociétés qui représentent des univers conceptuels différents. Cette transposition est nécessaire en raison de la présence même du système politique dominant. Paradoxalement, les tribunaux canadiens, incarnations mêmes du système juridique qui constituait la menace principale à l'intégrité des peuples autochtones, sont ceux qui seront appelés à élaborer un régime de protection de leurs cultures.³⁸¹ La conception des droits autochtones au Canada reprend certains éléments que l'on retrouve dans la deuxième et troisième proposition et nous offre l'occasion de nous pencher plus attentivement sur la question du droit à la culture et de ses paramètres.

Nous allons nous limiter à l'identification des éléments pertinents à cette réflexion théorique. Ils se trouvent dans les sources des droits ancestraux et de leurs critères constitutifs. Le jugement-phare en matière de droits ancestraux rendu par la

³⁷⁹ *Charte canadienne des droits et libertés* (partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], par. 35 (1).

³⁸⁰ Jeremy WEBBER, «Beyond Regret: Mabo's Implications for Australian Constitutionalism», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), préc., note 295, p. 60, à la page 62.

³⁸¹ *Id.*, à la page 71.

Cour suprême, *R. c. Van der Peet*,³⁸² nous permet d'en saisir les éléments essentiels. Les juges qualifient la doctrine des droits ancestraux de droit *intersociétal* qui puise à la fois dans les droits occidental et autochtone pour se définir, mais ne leur correspondrait pas.³⁸³ Les droits ancestraux sont par conséquent *sui generis*,³⁸⁴ c'est-à-dire sans concept juridique analogue. Cela reflète la description retenue par Webber ainsi que celle de Brian Slattery, dont les juges s'inspirent.³⁸⁵ Ces droits ancestraux étant « reconnus » et non octroyés, comme l'indique le libellé du paragraphe 35 (1) de la Constitution canadienne, il en découle que leur fondement provient d'une source originellement extérieure à l'ordre étatique. Ce fondement se situerait dans « la préexistence des peuples autochtones en tant que sociétés organisées »³⁸⁶ dont les droits se sont cristallisés en common law canadienne lors de l'affirmation de la souveraineté coloniale. On affirme ainsi dans *Van der Peet* que le droit ancestral tire son origine de la présence antérieure des autochtones, lesquels participaient à des cultures distinctives.³⁸⁷ Cette description ne confirme pas, cependant, une incorporation des ordres juridiques autochtones dans celui de l'État. Elle vise plutôt la conciliation des nations autochtones avec la souveraineté pleine et entière du Canada.³⁸⁸ Cet objectif sera atteint par une définition culturaliste du droit ancestral.

Le droit ancestral est constitué, sur le plan temporel, par une activité exercée par les ancêtres du groupe autochtone revendicateur³⁸⁹ avant le contact avec les Européens et qui s'inscrit dans une continuité avec la pratique actuelle de cette même activité.³⁹⁰ Pour qu'elle soit qualifiée de droit ancestral, cette activité « doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture

³⁸² *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507

³⁸³ *Id.*, 547

³⁸⁴ *Guérin c. Canada*, [1984] 2 R.C.S. 335, 378

³⁸⁵ Brian SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 *Revue du Barreau Canadien* 727

³⁸⁶ G. OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) *C. de D.* 545, 599

³⁸⁷ *R. c. Van der Peet*, préc., note 382, 538.

³⁸⁸ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1112. Voir S. GRAMMOND, préc., note 47, p. 176. L'approche des tribunaux en matière de droits ancestraux sera donc factuelle et non pas basée sur un système coutumier autochtone, même s'il peut contribuer à établir leur existence.

³⁸⁹ *R. c. Van der Peet*, préc., note 382, 539.

³⁹⁰ *Id.*, 555.

distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question».³⁹¹ Ce critère constitutif est au fondement des droits ancestraux, c'est-à-dire l'occupation antérieure de sociétés distinctives autochtones.³⁹² Pour qu'il soit satisfait, ce critère doit établir que l'activité en question avait une importance fondamentale pour le groupe autochtone concerné par la revendication.³⁹³ Elle ne peut donc être accessoire à une autre.³⁹⁴ Cette importance doit rendre la culture de la société autochtone distinctive,³⁹⁵ ce qui signifie qu'elle concerne son essence —que «c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était».³⁹⁶ Le double arrêt *Sappier* et *Gray* est venu préciser que pour identifier la culture, les juges doivent d'abord se demander «en quoi consistait le mode de vie d'une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens».³⁹⁷ Ensuite, «[l]e qualificatif 'distinctif' est utilisé pour incorporer un élément de spécificité autochtone», nous indiquant que le caractère distinctif ne requiert pas la preuve d'une différence radicale.³⁹⁸ Le caractère distinctif de la pratique étudiée n'est pas donc nécessairement un élément distinct ou différent des autres cultures.³⁹⁹ Les objectifs poursuivis par la constitutionnalisation des droits ancestraux nécessitent une identification par cas d'espèce. Dans la mesure où son essence est respectée, l'activité peut impliquer l'usage de moyens techniques modernes.⁴⁰⁰ On doit conséquemment délimiter la revendication de façon précise, ce qui permettra aux tribunaux d'identifier la nature de la coutume, pratique ou tradition examinée.⁴⁰¹

La doctrine des droits ancestraux est donc principalement définie en termes de culture. Cependant, la nature d'un droit ancestral peut se rattacher à un territoire.

³⁹¹ *Id.*, 549.

³⁹² *Id.*, 553.

³⁹³ *Id.*, 560.

³⁹⁴ *Id.*, 560.

³⁹⁵ *Id.*, 553.

³⁹⁶ *Id.*, 560.

³⁹⁷ *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 45.

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ *R. c. Van der Peet*, préc., note 382, 560.

⁴⁰⁰ *Id.*, 557.

⁴⁰¹ *Id.*, 551-552.

Il existe ainsi des droits dits «spécifiques à un site» où une activité culturellement fondamentale est rattachée à une parcelle spécifique du territoire.⁴⁰² Ce type de droit concerne des activités culturelles qui, de par leur nature et compte tenu de la façon dont elle était exercée concrètement, ont besoin d'un territoire précis pour s'exprimer.⁴⁰³

La doctrine des droits ancestraux reconnaît également une forme de propriété territoriale : le titre aborigène. Il constitue la forme territoriale la plus achevée des droits ancestraux. Ce droit foncier a été développé de façon substantielle dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*.⁴⁰⁴ Le titre aborigène se distingue des autres droits ancestraux «parce qu'il naît lorsque le rapport entre un territoire et un groupe avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale».⁴⁰⁵ Son origine provient d'une occupation antérieure à l'affirmation de souveraineté de la colonie et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants.⁴⁰⁶ Cette approche, tout en maintenant la conception culturelle des droits ancestraux, se focalise sur le lien d'appartenance entre un groupe autochtone et son territoire. Cependant, et à la différence des autres types de droits ancestraux, le titre aborigène confère un droit au territoire lui-même. Il représente l'extrémité d'un spectre sur lequel s'étalent les droits ancestraux, lequel spectre est déterminé en fonction du degré de rattachement du droit en question au territoire visé.⁴⁰⁷ Le titre ancestral constitue ainsi un droit foncier constitutionnellement protégé qui confère le droit d'y exercer des activités diverses. Certains aspects de ce titre ont été précisés. Ils incluent un droit d'utilisation et d'occupation exclusive du territoire et un droit de choisir la modalité de cette utilisation, dont l'aspect économique est une composante

⁴⁰² *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 138.

⁴⁰³ *R. c. Coté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 39.

⁴⁰⁴ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 402.

⁴⁰⁵ *Id.*, par. 137.

⁴⁰⁶ *Id.*, par. 114.

⁴⁰⁷ *Id.*, par. 138.

inéluçtable.⁴⁰⁸ La jurisprudence reconnaît une forme de contrôle collectif de ce territoire.⁴⁰⁹

L'interprétation généreuse du titre aborigène est néanmoins modulée par une limite intrinsèque. Les différents usages du titre ancestral sont «subordonnés à la restriction suivante : ils ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement concerné pour le territoire visé et qui constitue le fondement de son titre aborigène sur ce territoire».⁴¹⁰ Cette restriction est imposée par la raison d'être du titre, soit l'occupation antérieure du territoire. Cette occupation est définie en fonction des activités et des utilisations du territoire qui ont créé un lien spécial pour la culture du groupe. Une activité qui occasionnerait la destruction de ce lien spécial ne pourrait donc être admise.⁴¹¹

L'objectif de réconciliation entre la présence antérieure des autochtones et la souveraineté prééminente de l'État canadien implique une notion d'équilibre. La détermination de cet équilibre est gouvernée par un écheveau complexe de critères juridiques variables. Une législation qui est considérée comme portant atteinte à un droit ancestral doit respecter certains critères pour être valide. Ce test juridique a été élaboré dans l'arrêt *R. c. Sparrow*,⁴¹² que nous aborderons ici de façon succincte. La législation analysée, si elle se trouve à porter atteinte à première vue à un droit ancestral, doit satisfaire un critère de justification. Elle sera évaluée selon un examen réparti en deux volets : la validité de l'objectif législatif qu'elle poursuit et l'honneur de la Couronne à l'égard des autochtones atteints par la mesure législative. Cet honneur doit prendre compte la relation de fiduciaire et la responsabilité gouvernementale que la Couronne entretient avec les autochtones. Les contraintes imposées à la Couronne en matière d'atteinte aux droits ancestraux sont rigoureuses et tiennent compte de la relation historique qui a graduellement mené à la mise en tutelle des peuples autochtones. Elle accorde cependant une marge de manœuvre

⁴⁰⁸ *Id.*, par. 166.

⁴⁰⁹ *Id.*, par. 115.

⁴¹⁰ *Id.*, par. 111.

⁴¹¹ *Id.*, par. 128.

⁴¹² *R. c. Sparrow*, préc., note 388, 1078-1080.

importante pour satisfaire les objectifs et les intérêts légitimes des gouvernements fédéral et provinciaux.⁴¹³

Le développement jurisprudentiel des droits ancestraux au Canada soulève plusieurs préoccupations. Le problème découlant du cadre juridique guidant les revendications autochtones fut appréhendé par Brian Slattery dès les balbutiements de leur développement contemporain:

[...] there is a danger that section 35 can become a legal prison, locking native peoples into historically-based structures that impede them from playing their proper role in modern Canadian society.⁴¹⁴

Le concept de culture forme le noyau de la logique des droits ancestraux. Ce faisant, il détermine ses composantes et l'articulation de ces dernières dans le système juridique national. Les critiques de cette approche craignent que la judiciarisation du concept de culture ne revienne à octroyer à un concept abstrait et intrinsèquement ambigu une forme rigide propre à la rationalité juridique. La transformation du concept de culture en une source de droit soulève ainsi des préoccupations quant au discours sous-jacent qui marque leur reconnaissance :

When, in particular, sociological and anthropological concepts make a transition into law they are susceptible to being imbued with orthodoxy, receiving as they do the imprimatur of legitimation.⁴¹⁵

Niezen souligne que le développement de l'argument du droit à la culture, à l'appui des revendications autochtones actuelles, a été insufflé par le changement paradigmatique de la philosophie politique au cours du dernier siècle. Cette dernière est ainsi passée d'une vision évolutionniste et eurocentrique à celle priorisant un pluralisme relativiste, privilégiant la culture à une approche indifférenciée typique du

⁴¹³ Il sera ainsi déterminé dans l'arrêt *Gladstone* que 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 appartiennent. Des limites imposées à ces droits ancestraux sont possibles, en fonction des valeurs et des principes d'une société libre et démocratique. Les objectifs visés par une restriction d'un droit ancestral doivent, en conséquence, être suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 71.

⁴¹⁴ B. SLATTERY, préc., note 385, 783.

⁴¹⁵ R. NIEZEN, «Culture and the Judiciary: The Meaning of the Culture Concept as a Source of Aboriginal Rights in Canada» (2003) 18 (2) *Canadian Journal of Law and Society* 1, 1.

libéralisme du Siècle des Lumières.⁴¹⁶ La protection des éléments culturels primordiaux à l'identité d'un groupe aurait cependant pour effet de protéger des pratiques dont l'authenticité est évaluée en fonction de leur distance de la société dominante :

[...] the court's current emphasis on distinctivism can lead to an equally distorted preservationist impulse to control the pace of change, to « protect » those original people living close to nature, to recognize distinct rights only to the extent that they are far removed from economic and political development.⁴¹⁷

On risque ainsi d'enfermer les revendications autochtones dans une conception irréaliste et paternaliste menant à une hiérarchisation de l'authenticité autochtone. Désormais limité à une conception traditionnelle figée dans le temps, le droit ancestral souffre d'une logique de folklorisation. La souplesse quant au moyen d'appréciation d'une pratique culturelle distinctive que développent les juges canadiens —qui prétendent contourner la théorie des droits figés en permettant à l'activité ancestrale d'évoluer dans le temps⁴¹⁸— ne règle pas la question plus fondamentale du choix des pratiques culturelles que peuvent exercer une communauté autochtone, indépendamment de leur mode de vie précolonial. En ce sens, les tribunaux auraient failli dans leurs tentatives de contournement de la théorie des droits figés, contribuant au contraire à leur muséification:

A “frozen in time” approach to culture is thus avoided only in the sense that practices can survive some discontinuity, not in a sense that affirms the importance of adaptation, creativity and innovation [...] it sets limits on change, even in response to challenges to the prosperity and survival of distinct cultures as a whole.⁴¹⁹

⁴¹⁶ R. NIEZEN, préc., note 1, p. 4.

⁴¹⁷ R. NIEZEN, préc., note 415, 25. Xanthaki souscrit à ce problème de la limite inhérente en matière de protection culturelle : «the argument has a core of truth : preservation results in inauthentic cultures.» : A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 27.

⁴¹⁸ Ce qu'affirment pourtant les juges Binnie et Major dans l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.* : «Les tribunaux ont rejeté la théorie des droits figés parce qu'elle est incompatible avec l'objet du par. 35(1). Les droits ancestraux peuvent s'accroître et évoluer» : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 95. C'est en vertu de cette approche que les activités protégées par l'article 35 peuvent être exercées avec des moyens modernes, comme l'affirment les juges majoritaires de l'arrêt *Van der Peet* : *supra*, p. 114.

⁴¹⁹ R. NIEZEN, préc., note 415, 8.

Les sciences sociales s'accordent en général sur le processus dynamique de la construction de l'identité, ce qui vient faire obstacle au caractère définitif et irrévocable engendré par la judiciarisation de la culture. L'examen du droit autochtone requiert ainsi certaines précautions pour éviter les risques inhérents à l'emprunt d'un concept aussi malléable et subjectif. La détermination juridique du caractère fondamental ou non d'une activité ancestrale entraîne un emprunt significatif à des notions anthropologiques, historiques, ethnographiques, ainsi qu'une pléthore d'expertises issues des sciences sociales et de l'opinion populaire. Il en découle un risque significatif de mésinterprétation ou d'idéalisation du concept de culture.⁴²⁰ Cette approche peut ainsi déboucher sur une hyperbolisation de certaines caractéristiques culturelles des autochtones. L'accent sur la différence culturelle que promeut la doctrine des droits ancestraux force ces derniers à insister sur ce qui les distingue de la société dominante. Cela peut entraîner une occultation de la réalité, beaucoup plus subtile, des cultures et de leurs points communs.⁴²¹ Des caractéristiques ethnoculturelles risquent ainsi d'être enfermées dans une vision idéalisée et traditionnelle d'un groupe, sans nécessairement être historiquement véridiques, empêchant ainsi un développement social capable d'emprunter les éléments des autres cultures. La première proposition de la théorie libérale s'appuie en outre sur ce raisonnement pour éviter de faire de la culture une source de droits.

Le concept de culture —et des droits qui en assurent la protection— est pourtant considéré au «cœur des débats contemporains sur l'identité et la cohésion sociale»⁴²² et occupe ainsi une place essentielle dans le développement des normes de protection des minorités. La protection d'une culture particulière dans le cadre des droits individuels, à défaut d'autres options disponibles, a longtemps servi de droit-contenant dans lequel ont été inclus nombre de pratiques et de droits distincts.⁴²³ Le développement des droits ancestraux canadiens vient répondre en ce sens à une exigence impérative pour les cultures menacées d'assimilation. Malgré tous ses

⁴²⁰ *Id.*, 11-15.

⁴²¹ Jean LECLAIR, «Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales», (2010) 14 (1) *Lex Electronica* 1, 9-10.

⁴²² Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, adoptée par la 31^e session de la *Conférence Générale de l'UNESCO*, Paris, 2 novembre 2001, par. 6 du préambule. Ce document spécifie également, à l'article 4, le devoir particulier de respecter les droits des peuples autochtones.

⁴²³ Voir par exemple les travaux menés par le *Comité des droits de l'homme*, *infra*, p. 148.

défauts, l'approche empirique de la Cour suprême s'ouvre sur une perspective autochtone dans la détermination des pratiques à protéger aux termes de la Constitution canadienne et permet d'élaborer un système de protection en fonction de critères concrets qui se basent sur des données tangibles, essentielles à un processus judiciaire.⁴²⁴

L'argument culturel dans la détermination d'un droit souffrirait néanmoins d'un paradoxe difficile à résoudre en théorie politique. Si le caractère distinctif de cette culture se trouve amenuisé par l'adoption d'éléments culturels de la majorité moderne, elle en perdrait son fondement, mettant à mal tout processus de revendication en ce sens dans le cadre du système juridique occidental.⁴²⁵ Niezen considère que le mouvement autochtone, qui utilise les processus de réparation occidentaux et le droit positif, a transformé l'objet même de ses revendications, simultanément à une mutation identitaire :

Indigenism is therefore a political strategy that entails almost as much cultural transition as cultural preservatism.⁴²⁶

Cette opinion est tempérée par l'analyse de Stephen Allen sur l'influence de la modernité sur les autochtones dans le cadre de l'appropriation des mécanismes internationaux. Il en déduit que malgré la réflexivité exercée entre les cultures autochtones, définies comme pré-modernes, et l'univers sociétal dominant, une forme hybride entre ces deux caractéristiques émerge sans nécessairement vider l'argument culturaliste de sa substance :

[...] the joint effects of the disembedding of social relations and time-space distancing have not significantly perforated the traditional ways of life of many indigenous peoples. Moreover, it cannot be assumed just because modernity have touched indigenous peoples, for example, through the limited use of modern technology, that their indigeness is somehow destroyed since these experiences are typically peripheral to their pre-modern characteristics.⁴²⁷

⁴²⁴ Avigail EISENBERG, «Reasoning about identity: Canada's Distinctive Culture Test» dans A. EISENBERG (dir.), *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2006, p. 34, à la page 48.

⁴²⁵ W. KYMLICKA, préc., note 368, 287.

⁴²⁶ R. NIEZEN, préc., note 1, p. 118.

⁴²⁷ S. ALLEN, préc., note 180, 323.

Une approche conjugant des éléments modernes et pré-modernes sera ainsi développée pour répondre aux impératifs de protection identitaire auxquels font face les autochtones. Elle serait forgée pour formuler une réponse à la modernité dans laquelle ils se retrouvent submergés.⁴²⁸ Allen identifie cependant, dans un autre ouvrage, une limite inhérente à l'argument de la particularité culturelle sur lesquels les autochtones s'appuient pour obtenir des droits *sui generis*, cette fois temporelle. Si l'on considère, en effet, que la discrimination subie par les autochtones trouve sa source dans leur différence culturelle, les droits qui en découlent seront palliatifs et deviennent conséquemment caduques une fois les corrections comblées :

Accordingly, the cultural difference argument has the theoretical capacity to undermine the case for special rights in the long term.⁴²⁹

Ce point de vue est partagé par Xanthaki, particulièrement quant à l'insuffisance du critère culturel comme unique source des droits autochtones :

justifying indigenous rights solely on the need to preserve indigenous identity reduces aboriginality to one of the many cultural identities, dehistoricises it and strips away powerful rights arguments.⁴³⁰

Gordon Christie constate que cette appréhension relative à l'argument culturel est intimement liée au principe d'autodétermination des peuples. La Cour suprême, en canalisant les revendications autochtones vers le lien culturel qu'ils entretiennent par rapport à une activité ou un territoire, perpétuerait une forme de colonialisme qui a pour effet d'enclaver les ordres normatifs autochtones dans une catégorie de droit du système dominant.⁴³¹ Cela entraînerait la négation de la dimension politique des droits autochtones. En analysant la jurisprudence des droits autochtones sous la lunette du droit à l'autodétermination, Christie expose le rôle joué par les tribunaux canadiens dans le maintien d'une rhétorique colonialiste

⁴²⁸ *Id.*, 330.

⁴²⁹ S. ALLEN, préc., note 164.

⁴³⁰ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 25.

⁴³¹ Gordon CHRISTIE, «Culture, Self-Determination and Colonialism: Issues Around the Revitalization of Indigenous Legal Traditions» (2007) 6 (1) *Indigenous Law Journal* 14, 17.

fondée sur le mythe de l'État-nation.⁴³² En effet, la compatibilité des intérêts autochtones avec la souveraineté de la Couronne constitue un prérequis *sine qua non* à leur reconnaissance.⁴³³ Bien que la question de l'autonomie gouvernementale ait été abordée par les juges, elle semble s'astreindre aux mêmes conditions de reconnaissance d'un droit ancestral indiquées dans *Van der Peet*.⁴³⁴ Il faut donc faire la démonstration de normes juridiques autochtones ou de pratiques normatives définitives en fonction du critère de culture distinctive, ce qui a pour effet de cantonner cette autonomie dans la conception restrictive du droit ancestral.

Le jugement concordant de l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.*⁴³⁵ ainsi que l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*⁴³⁶ ont flirté avec une reconnaissance d'un conflit de souveraineté à l'origine des droits ancestraux tout en réaffirmant la suprématie de la souveraineté canadienne, démontrant l'ambiguïté relative des fondements des droits ancestraux. Selon les critiques de l'approche de *Van der Peet*, la dimension de l'autodétermination est donc révélée comme étant une partie indéniable des critères constitutifs de l'autochtonie. Les enjeux réels des droits autochtones exigent ainsi sa reconnaissance :

To frame conflicts in terms of identity seems to obscure what often motivates conflicts that involve national minorities and indigenous

⁴³² G. CHRISTIE, «A colonial reading of recent Jurisprudence: *Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation*» (2005) 23 *Windsor Y.B. Access Just.* 17, 52. L'arrêt *Delgamuukw*, par exemple, spécifie que le titre ancestral ne se fonde pas sur la souveraineté autochtone et que l'adaptation des règles de preuves au cas particulier des droits ancestraux «doit se faire d'une manière qui ne fasse pas entorse à l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada»: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 402, par. 111 et 82.

⁴³³ R. NIEZEN, préc., note 415, 10.

⁴³⁴ *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 37 à 39.

⁴³⁵ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 418, par. 113 (j. Binnie, motifs conc.) Le juge Binnie constate en effet que «les ancêtres de l'intimé au 17e siècle ne savaient certainement pas que des Rois d'une Europe lointaine revendiquaient la souveraineté sur le territoire mohawk» (par. 112), puis se résoud à admettre que «c'est pourtant ce qui est arrivé» au paragraphe suivant.

⁴³⁶ *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511. Cet arrêt parle pour la première fois explicitement d'un conflit de souveraineté. La majorité des juges affirmeront au par. 22 que «les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.» Ils justifient cette conciliation en raison du fait que «les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens; ils n'ont jamais été conquis.» (par. 25).

peoples. Often these conducts turn on the denial of self-determination, regardless of whether or not cultural differences exist between groups.⁴³⁷

Selon cette perspective, rejoignant les préceptes de la troisième proposition, seuls les peuples autochtones peuvent revitaliser leur culture juridique, en considérant leur identité comme dynamique et fluide.⁴³⁸ Une approche fondée sur la protection culturelle et enchâssée dans un ordre politique occidental dominant, même si elle reconnaît une forme d'autonomie politique pour répondre à ce besoin de protection, risque d'entraîner le piège de la différence.⁴³⁹

f) Répercussions des théories politiques sur les droits autochtones

En considérant les arguments historiques et culturels comme deux pôles de justification des droits autochtones, on constate que ces arguments opèrent difficilement de façon autonome. Les réflexions politiques et juridiques dans la doctrine examinée semblent indiquer que les arguments qui fondent les revendications normatives des autochtones souffrent d'incohérences lorsqu'ils sont confrontés à leur mise en œuvre. Il apparaît également que le développement d'une théorie politique véritablement postcoloniale et juste ne peut ignorer les diverses facettes du prisme de la question autochtone. Limiter le débat autochtone à une opposition entre culturalisme, historicisme et modernité serait en l'occurrence réducteur. De l'avis des auteurs de *Political Theory and Indigenous Rights*, une reconnaissance à la fois de l'histoire des rapports entre les autochtones et l'État, de leur relation particulière avec le territoire et de leur culture distincte serait nécessaire à une distribution légitime des ressources en vertu d'un libéralisme juste.⁴⁴⁰ C'est ce que semblent également indiquer les diverses critiques et contre-propositions formulées par les théoriciens politiques que nous avons abordés.

Cependant, le nœud gordien formé par la relation des arguments en faveur des droits autochtones paraît lié par une problématique fondamentale. Elle se trouve

⁴³⁷ A. EISENBERG, préc., note 424, à la page 49.

⁴³⁸ G. CHRISTIE, préc., note 431, 28.

⁴³⁹ K. SHAW, préc., note 183, p. 233-234.

⁴⁴⁰ D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS, préc., note 295, à la page 19.

dans la confrontation de l'ordre politique existant, articulé sur le principe de souveraineté des États, avec des acteurs dont le discours est intrinsèquement politique. Ce discours d'émancipation politique se bute aux limites imposées par le système actuel. Cela expliquerait les modulations du discours autochtone qui varient selon les capacités de l'interlocuteur étatique à répondre à cette revendication centrale. La protection d'une culture particulière —aux dimensions difficilement saisissables—, l'occupation première et immémoriale d'un territoire et l'intensité des violations historiques viennent ainsi catalyser les revendications autochtones dans les outils juridiques que le système dominant lui propose. On retrouve ces différents arguments autant dans le discours autochtone que dans celui des instances politiques et juridiques qui gouvernent le développement des droits de ces premiers, comme nous avons pu le constater dans la question de l'identité autochtone. Cela a pour effet de rendre imprécise la nature véritable de leurs revendications et crée une dialectique entre ces deux univers, se nourrissant mutuellement de leurs discours et de leurs développements.

Les instruments de protection juridique des modes de vie et des pouvoirs politiques autochtones trouvent dans ces différentes conceptions de la justice leurs principes fondamentaux. Ces derniers vont déterminer les droits qui les composent. Les théories politiques ont ainsi une répercussion cruciale sur le développement du droit autochtone. Que ce soit en raison de l'influence politique qui dirige la formulation d'un instrument juridique ou du développement jurisprudentiel qui s'ensuit, les droits affirmés vont refléter la philosophie de ceux qui ont rédigé un document juridique et de ceux qui vont l'interpréter.

Le développement actuel des droits autochtones au niveau international, dont on peut dégager un certain consensus, met en lumière les différentes conceptions philosophiques qui les sous-tendent. Leur caractère évolutif reflète à la fois le bouillonnement philosophique du libéralisme et la mutation de l'organisation politique internationale, où de nouveaux acteurs viennent enrichir le débat des relations humaines et des droits fondamentaux qui les encadrent.

La dimension politique des revendications autochtones, qu'elle soit observée sous la lunette argumentative de la culture ou de l'histoire, est indissociable de

l'autochtonie. C'est pour cette raison que la revendication principale des peuples autochtones est d'obtenir la reconnaissance de leur droit à l'autodétermination. Le concept d'autodétermination est en effet la seule conception juridique et politique existante en droit international positif qui soit apte à répondre à leurs aspirations fondamentales. La reconnaissance de ce droit permettrait également de rétablir la légitimité du pouvoir étatique.

Cependant, force est d'admettre que le concept d'autodétermination fut initialement conçu par un système qui a orchestré et maintenu la subjugation des peuples autochtones. En raison de ce contexte politique initial où le sens et la portée du droit à l'autodétermination ont été forgés de manière à en exclure l'application aux peuples autochtones, comment ces derniers peuvent-ils aujourd'hui réussir à obtenir une telle reconnaissance juridique? Leur reconnaissance en tant qu'acteurs au sein des institutions internationales, particulièrement aux Nations Unies, est-elle suffisante pour établir cette reconnaissance? L'origine du droit à l'autodétermination l'empêche-t-il de répondre adéquatement aux revendications autochtones?

L'idée même de l'autodétermination est complexe, multidimensionnelle et évolutive. Son sens et sa portée ont été et seront façonnés par les philosophies politiques qui se sont succédées et se succéderont dans le temps, au gré des impératifs du pouvoir. C'est à cette notion évolutive et possiblement salutaire pour les revendications politiques autochtones que se consacre le prochain chapitre.

CHAPITRE III. LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN DROIT INTERNATIONAL ET SON APPLICATION AUX AUTOCHTONES

L'idée d'autodétermination est généralement perçue, de façon populaire, comme se confondant avec celle de l'État-Nation. Il appert que cette idée est trompeuse. La source de cette confusion peut être retracée dans la création de l'organisation politique moderne, telle que nous pouvons la percevoir dans la structure représentée par l'État-Nation. La lente et complexe évolution politique qui conduit à la création de cette entité politique, intriquée aux droits politiques fondamentaux et à la forme qu'ils vont prendre, est de toute évidence beaucoup trop vaste pour être ici reprise en détail. Un résumé de l'évolution du concept d'autodétermination et celui de peuple au fil des courants politiques du dernier siècle est cependant essentiel pour saisir le sens qu'on lui donne aujourd'hui, et particulièrement afin d'éclairer les revendications politiques autochtones en droit international. La première section de ce chapitre s'y dédie. Bien que le droit à l'autodétermination des peuples ait été conçu comme excluant les autochtones, nous verrons que sa nature évolutive et la philosophie qu'il représente se prête à des interprétations novatrices qui permettent de l'étendre à ces derniers.

Ce droit fondamental, considéré par Anaya et bien d'autres comme le remède aux injustices subies par les autochtones —aussi bien celles passées que celles vécues quotidiennement, sera, dans la section 2, relié au développement normatif que nous avons examiné dans le chapitre I. La dernière section de cette étude, qui se consacre à un examen de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, se servira de cette compréhension nouvelle du droit à l'autodétermination pour en guider l'analyse, tout en gardant à l'esprit les difficultés théoriques rencontrées par les fondements normatifs des revendications autochtones.

1) Évolution du concept d'autodétermination

La structure politique internationale actuelle, constituée par la coexistence entre États souverains, reflète le souhait de ces derniers de mener une coexistence pacifique qui respecte leur intégrité territoriale et politique. C'est ce qu'on appelle le modèle politique international Westphalien,⁴⁴¹ qui tire ses origines de l'idée de la structure politique de l'État-Nation du Siècle des Lumières. L'État y est considéré comme un corps politique immuable dans lequel réside la totalité du pouvoir décisionnel. Il constitue la seule personne morale dotée de la personnalité internationale, donc capable de contracter des obligations valides avec ses semblables, généralement sous une forme conventionnelle.⁴⁴² Cette construction politique de la souveraineté de l'État deviendra le pivot du développement du droit international.⁴⁴³

Cette conception du pouvoir politique est cristallisée par le droit international. La *Charte des Nations Unies* spécifie par exemple que son organisation doit respecter les principes fondateurs de la souveraineté des États qui en sont membres et leur intégrité territoriale.⁴⁴⁴ Le développement normatif qui découle des conventions entre ces sujets exclusifs consolide cette prémisse fondamentale et la rend difficilement modulable. La séparation entre les prérogatives d'un individu et celles de l'État est centrale à cette conception de l'organisation du pouvoir.⁴⁴⁵ Deux phénomènes politico-juridiques importants vont néanmoins entamer le principe de souveraineté initialement inaltérable : le processus de décolonisation des empires coloniaux et le développement des droits humains.

⁴⁴¹ Mettant fin à la *Guerre de Trente ans*, un conflit qui impliqua la plupart des puissances européennes entre 1618 et 1648, les deux *Traités de Westphalie* de 1648 sont les premières grandes conventions multilatérales structurant une coordination politique entre des États souverains. Ils sont considérés comme l'amorce des relations internationales modernes : voir J.-M. ARBOUR, préc., note 102, p. 20.

⁴⁴² Voir J. COMBACAU et S. SUR, préc., note 63, p. 73; P.-C. LABEAU, préc., note 39, 519.

⁴⁴³ J. GILBERT, préc., note 3, p. 22.

⁴⁴⁴ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 51; *Charte des Nations Unies*, préc., note 23, art. 2.

⁴⁴⁵ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 52.

a) Le droit à l'autodétermination modelé par le colonialisme

Le processus de démantèlement des colonies qui prit son essor après la Première Guerre mondiale visait à octroyer aux territoires coloniaux leur indépendance.⁴⁴⁶ Le moteur de cet essor réside dans le principe d'autodétermination des peuples. Ce principe fut réaffirmé et consacré par l'*Organisation des Nations Unies*, reprenant la mission inachevée de la *Société des Nations*.⁴⁴⁷ La théorie politique à l'appui du colonialisme ayant perdu sa crédibilité, elle fut dès lors perçue comme privant les peuples de leur autodétermination au profit d'une administration étrangère illégitime.⁴⁴⁸ L'article 1 (2) de la *Charte des Nations Unies* prévoit en ce sens que le but des Nations Unies est de «[d]évelopper entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes [...]».⁴⁴⁹

L'ère des Nations Unies se distancie ainsi des préceptes du colonialisme pour embrasser l'idéal démocratique et celui des libertés civiles universels.⁴⁵⁰ Cette position est incarnée par la création d'un régime international de tutelle, qui vise à superviser le démantèlement des colonies, en fonction de la partie XII et XIII de la *Charte des Nations Unies*. Cependant la définition de « peuple », comme nous avons pu le voir, est inexistante en droit international et ne fait pas même l'objet d'un consensus quant à ses éléments essentiels.⁴⁵¹ Les éléments théoriques qui ont été avancés pour la définition de peuple se sont articulés sur deux ensembles de critères. L'un est objectif, se rapportant à des facteurs linguistiques, culturels, religieux,

⁴⁴⁶ Sous le régime de la *Société des Nations*, le processus de décolonisation était mis en œuvre au moyen d'un mécanisme de «mandats», qui était un régime de tutelle. Les mandats étaient assignés aux États coloniaux qui devaient veiller à l'émancipation de leurs colonies jusqu'à ce qu'elles acquièrent l'indépendance. Ces dernières étaient subdivisées en trois catégories selon leur capacité d'accéder à l'indépendance à court ou à long terme : art. 22 du *Pacte de la Société des Nations*, préc., note 82.

⁴⁴⁷ Voir *supra*, p. 9. Les Nations Unies prévoient dans leur Charte constitutive un système de tutelle similaire au système de mandat : *Charte des Nations Unies*, préc., note 23, chapitre XI et XII. Le chapitre XI concerne les «territoires non autonomes» susceptibles d'accéder à une forme d'autonomie administrative, tandis que le chapitre XII concerne les «territoires sous tutelle» dont l'objectif est d'accéder à l'indépendance. Voir J. COMBACAU et S. SUR, préc., note 63, p. 266-267.

⁴⁴⁸ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 53.

⁴⁴⁹ *Charte des Nations Unies*, préc., note 23.

⁴⁵⁰ J. GILBERT, préc., note 3, p. 22.

⁴⁵¹ Voir *supra*, p. 59.

raciaux, territoriaux et historiques tandis que l'autre est subjectif, incluant une conscience collective des membres du peuple à l'effet de cette distinction.⁴⁵² Un parallèle est évident entre les critères d'un peuple et ceux qui composent l'autochtonie.⁴⁵³ Les déclarations élaborées par les Nations Unies pour la mise en œuvre de la décolonisation permettront cependant d'en saisir la portée juridique.

Deux documents importants sont adoptés en 1960 afin de poser les balises du processus de décolonisation affirmé dans la Charte des Nations Unies. La *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (Déclaration 1514 (XV))*⁴⁵⁴ et la *Résolution 1541 (XV)*⁴⁵⁵ visent à permettre l'émancipation politique des territoires sous tutelle et des territoires non-autonomes laissés pour compte par la première vague de décolonisation des années 50. La *Déclaration 1514 (XV)* indique que les peuples visés par le processus de décolonisation sont ceux soumis à une domination, subjugation ou exploitation étrangère.⁴⁵⁶ Elle sollicite le transfert des pouvoirs aux peuples des territoires sous tutelle, des territoires non-autonomes et de tous autres territoires n'ayant pas encore accédé à l'indépendance.⁴⁵⁷

Bien que cette conception pourrait correspondre à première vue à la situation de la plupart des peuples autochtones, une interprétation colonialiste de ces définitions les en excluront. La *Déclaration 1514 (XV)* prévoit à l'article 6 le principe de l'intégrité territoriale et de l'unité nationale d'un pays. Les peuples autochtones, étant déjà fondus dans un État colonial, ne peuvent donc être qualifiés de peuples au sens de cette Déclaration. Le peuple bénéficiaire du droit à la libre disposition de son statut politique indiqué dans ces documents correspond en effet

⁴⁵² Alexandra Xanthaki résume ces éléments essentiels en se basant sur les études de spécialistes universitaires et onusiens qui ont publié sur cette question : A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 135.

⁴⁵³ *Supra*, p. 59 et 61.

⁴⁵⁴ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. AG 1514 (XV), Doc. Off. AG NU, 15e sess., U.N. Doc. NU A/4684 (1960)

⁴⁵⁵ *Declaration on non self-governing territories*, G.A. Res. 1541 (XV), Dec. 15, 1960, principe 6, U.N. GAOR, 15th sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/4684 (1961)

⁴⁵⁶ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, préc., note 454, par. 1.

⁴⁵⁷ *Id.*, par. 5.

aux territoires coloniaux et on ne fait pas de son caractère ethnique ou culturel un élément déterminant. Le bénéficiaire du régime de décolonisation est donc considéré comme étant constitué de la population totale d'un territoire colonial sans considération des différences culturelles et politiques précoloniales.⁴⁵⁸ Ce territoire est géographiquement coupé de la métropole, c'est-à-dire l'État colonial européen.

Cette approche géographique correspond à la thèse dite de «salt water» ou «blue water», renvoyant explicitement à l'idée d'une étendue d'eau salée séparant la colonie de la métropole. Elle confine la portée du droit à l'autodétermination aux colonies en limitant la définition de celles-ci aux territoires géographiquement séparés de la métropole par une étendue d'eau. On en retrouve également l'expression dans la résolution 1541 (XV), dont le principal critère de définition du territoire non-autonome est d'être «géographiquement séparée et ethniquement ou culturellement distincte du pays qui l'administre».⁴⁵⁹ Ainsi, même si les peuples autochtones constituent des communautés sous tutelle, ils ne pourraient se qualifier comme un peuple pour les fins de la Résolution : le critère de séparation géographique, considéré en fonction des frontières politiques établies par les colonisateurs, les en empêche.

Une autre déclaration-phare relative au droit à l'autodétermination des peuples fut adoptée par l'Assemblée Générale en 1970. La *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*⁴⁶⁰ élargira les bénéficiaires du droit à l'autodétermination aux peuples soumis à un régime raciste par un pays englobant. En affirmant le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, cette déclaration semble dépasser une formule restreinte aux seuls peuples coloniaux. Elle prévoit, à l'instar de la *Déclaration 1514 (XV)*, trois modes d'implantation du droit à l'autodétermination : la création d'un État indépendant et souverain, la libre association ou intégration à un État indépendant ou tout autre

⁴⁵⁸ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 54.

⁴⁵⁹ *Declaration on non self-governing territories*, préc., note 455, principe V.

⁴⁶⁰ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. A.G. 2625(XXV), Doc. off. A.G. 25 session, supp. n° 28, p. 131, Doc. N.U. A/5217 (1970)

statut politique déterminé librement par le peuple. La même limite intrinsèque relative au devoir de respecter l'intégrité territoriale de l'État englobant est cependant clairement spécifiée et empêche les autochtones de s'en prévaloir.⁴⁶¹

b) L'intégrité territoriale comme limite fondamentale

L'intégrité territoriale serait donc un facteur crucial dans l'élaboration du processus de décolonisation et se trouve énoncée dans les principes fondamentaux des Nations Unies. Elle se trouve parmi les articles clés des instruments relatifs à la décolonisation que nous avons abordés.⁴⁶² Le développement normatif postérieur à ces premiers documents fondateurs n'a pas remis en cause cette intégrité territoriale et politique.⁴⁶³ Gilbert et Wiessner nous indiquent qu'au contraire, l'application de la doctrine de *l'uti possidetis* en matière de détermination des nouvelles frontières issues de la décolonisation a eu pour effet de renforcer le maintien de l'intégralité des territoires coloniaux.⁴⁶⁴ Cette doctrine tire sa source d'une règle du droit romain selon laquelle la possession antérieure entraîne sa reconnaissance contemporaine. Elle fut «recyclée» en droit international pour préserver l'ordre politique en place au moment du retrait des puissances coloniales de leurs colonies.⁴⁶⁵ Le contexte sociopolitique de la décolonisation aurait modulé le principe de *l'uti possidetis* de façon à faire correspondre les frontières territoriales des nouvelles nations avec celles des territoires coloniaux.⁴⁶⁶ Néanmoins, la revendication d'un éventuel droit à la

⁴⁶¹ *Id.*, par. 7. (qui spécifie que ses dispositions ne peuvent être interprétées «comme autorisant ou encourageant une action qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État»).

⁴⁶² *Charte des Nations Unies*, préc., note 23, art. 2 (4); *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, préc., note 454, par. 3; *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, préc., note 460, par. 7.

⁴⁶³ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 140.

⁴⁶⁴ S. WIESSNER, préc., note 188, 1150. Wiessner explique qu'en vertu de la doctrine de *l'uti possidetis*, le droit à l'autodétermination fut octroyé non pas aux peuples conquis, mais aux habitants des territoires coloniaux dont les frontières sont imposées par le colonisateur lui-même. Cette théorie soutient donc la doctrine de la «salt water» et lui offre un fondement juridique.

⁴⁶⁵ J. GILBERT, préc., note 3, p. 36. Elle fut donc utilisée à la fin du 19^e siècle en Amérique Latine et en Afrique et en Asie au début du 20^e. Elle fut encore utilisée en Afrique dans les années soixante et lors du démantèlement de l'empire soviétique dans les années quatre-vingt-dix.

⁴⁶⁶ J. GILBERT, préc., note 3, p. 38. Gilbert voit dans cette interprétation une déformation illégitime du principe romain original, qui visait à permettre à deux parties concurrentes sur un même titre de faire

sécession est à l'origine de cette volonté de limiter la portée d'un droit à l'autodétermination autochtone.

La revendication d'un droit à la sécession constitue la facette redoutée du droit à l'autodétermination; c'est sa dimension négative. La stabilité des États, intimement liée aux objectifs de leur coexistence pacifique, constitue la matrice sur laquelle repose leur association. Le droit à l'autodétermination des peuples en matière de décolonisation, entendu comme l'accès à l'indépendance et comprenant le droit de faire sécession d'un État comme moyen de mise en œuvre, est donc quasiment évincé du droit international contemporain. Certaines conditions particulières, strictement circonscrites, lui permettent toutefois d'émerger.

Ainsi, il a été déterminé qu'une minorité clairement identifiable, unanimement en faveur d'une sécession de l'État englobant, subissant une violation systématique de ses droits fondamentaux et ayant épuisé toutes les alternatives politiques peut licitement recourir à la sécession.⁴⁶⁷ Cette dernière est considérée comme l'ultime recours à une situation conflictuelle insoluble qui met en jeu les principes fondamentaux des Nations Unies. C'est seulement dans ces conditions qu'un peuple serait susceptible d'être reconnu comme tel en droit international. Ainsi, la *Déclaration sur les relations amicales* prévoit que le respect de l'intégrité territoriale d'un État est conditionnel au respect par ce dernier des principes d'égalité en droit et de l'autodétermination des peuples.⁴⁶⁸ L'intégrité des États n'est donc protégée que dans ces conditions, qui impliquent la représentativité de tous ses citoyens.⁴⁶⁹

La *Déclaration et le programme d'action de Vienne*, adoptée par la *Conférence mondiale des droits de l'homme* de 1993, viendra préciser le sens de cette condition sur l'intégrité territoriale et de l'unité politique. Tout en affirmant le

valoir leurs intérêts en déplaçant le fardeau de preuve sur la partie qui conteste la possession existante. La version moderne de cette doctrine déformerait l'idée de la possession territoriale comme ne pouvant être définie que par l'État et non par une culture établie sur un territoire donné. Le territoire est conséquemment figé dans les limites déterminées par un sujet étranger.

⁴⁶⁷ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 142.

⁴⁶⁸ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, préc., note 460, par. 7.

⁴⁶⁹ A. HUFF, préc., note 5, 316.

droit fondamental de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, elle indique que les États qui jouissent de cette protection sont ceux qui sont «respectueux du principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune.»⁴⁷⁰ L'autodétermination par sécession demeure cependant une solution exceptionnelle. La pratique des États n'a jusqu'à présent pas fait preuve d'ouverture à ce sujet, hormis lorsque ces derniers sont confrontés au fait accompli.⁴⁷¹

La doctrine a élaboré un test qui pourrait permettre aux minorités nationales ne correspondant pas aux critères des documents susmentionnés de se qualifier comme des bénéficiaires du droit à l'autodétermination. Ce test se base sur une évaluation de la situation sociopolitique vécue par le groupe aspirant au droit à l'autodétermination. Si cette situation résulte en une «carence de souveraineté», le groupe pourrait légitimement recourir aux moyens juridiques disponibles, c'est-à-dire aux trois modes de mise en œuvre du droit à l'autodétermination prescrits par la *Résolution 1514 (XV)* et *2625 (XXV)*.⁴⁷² Ce groupe serait identifié comme faisant partie d'un territoire géographiquement et politiquement distinct et dont les membres ne sont pas partie du gouvernement qui les englobe, et deviendrait ainsi *de facto* un territoire non-autonome pouvant exercer son droit à l'autodétermination comme le prévoit la *Résolution 1514 (XV)*.

Cette carence de souveraineté apparaîtrait lorsque le groupe, constituant une unité politique et géographique distincte, est gravement sous-représenté dans l'organisation politique englobante. L'État doit ainsi manifester une discrimination

⁴⁷⁰ *Déclaration et programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Vienne, 14-25 juin 1993, reproduit dans Martin IMBLEAU (dir.), *Code international des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, p. 409, par. 1 (5), par. 2 (3).

⁴⁷¹ J. COMBACAU et S. SUR, préc., note 63, p. 267-269. Combacau explique que «le droit à la sécession, ainsi reconnu inconditionnellement aux peuples coloniaux par la pratique contemporaine, a été au contraire dénié de la façon la plus constante aux peuples dépendants qui n'entrent pas dans cette catégorie par une sorte de syndicat des États établis, et on ne croit pas voir dans les événements de ces dernières années le signe d'une révolution juridique semblable en sens contraire» (p. 268).

⁴⁷² *Supra*, p. 130.

fondamentale à l'égard d'un segment de la population sur des bases ethniques.⁴⁷³ Ce critère de représentation démocratique procède du même raisonnement que pour le droit à la sécession, soit l'équilibre des principes fondamentaux du droit international.

L'instance décisionnelle appelée à déterminer cette carence n'est cependant pas clairement identifiée par la doctrine et pourrait se situer au niveau de l'État ou à celui de la communauté internationale, par le biais de l'*Assemblée générale des Nations Unies*. Si ce test de représentativité est déterminé par l'État, les chances sont minces qu'il reconnaisse cette carence; il provoquerait lui-même son démantèlement. Si ce test réside dans la communauté internationale, gardant à l'esprit que cette communauté est composée d'États dont la grande majorité abritent des minorités nationales sous une forme ou une autre, fort est à parier que l'interprétation des conditions donnant naissance à une carence de souveraineté soit très restrictives. Ces deux entités politiques, de toute évidence, ne se sont jamais montrées ouvertes à la reconnaissance d'une telle carence envers les peuples existants au sein des États, que ces derniers soient coloniaux ou non.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Michael J. BRYANT, «Aboriginal Self-Determination : The Status of Canadian Aboriginal Peoples at International Law», (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 267, 283.

⁴⁷⁴ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 145. Ainsi, même le cas des nouveaux pays issus de l'éclatement de la Yougoslavie, réunissant toutes ces conditions, ne reçut pas une telle reconnaissance (voir *supra*, note 127). Cependant, il est à noter que certains territoires peuplés majoritairement d'autochtones ont été reconnus comme bénéficiaires du droit à l'autodétermination selon la Résolution 1541, par exemple, la Calédonie. Leur identification en tant que *territoires non autonomes* s'inscrivait cependant et toujours dans la logique du processus de décolonisation excluant les peuples enclavés dans les frontières des colonies établies.

2) Vers une nouvelle forme de l'autodétermination

L'autodétermination des peuples autochtones semble ainsi se situer dans la déchirure conceptuelle entre les deux premiers articles de la *Charte des Nations Unies*, fondamentaux pour la structure et le fonctionnement du droit international public : le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité des territoires étatiques. À première vue, les autochtones sont écartés de la notion de peuples distincts. Deroche souligne en effet qu'«adopter la terminologie “peuple autochtone” reviendrait à leur garantir une gamme étendue de droits collectifs risquant de remettre en cause les principes bien gardés de l'État-nation»,⁴⁷⁵ principes dont l'État n'est pas prêt à se défaire facilement.

Cependant et tout au long du processus de décolonisation, le droit à l'autodétermination des peuples sera maintenu intentionnellement vague dans ses modalités. Cela indiquerait sa richesse et sa fluidité, essentielles à l'objectif qu'il sous-tend et la philosophie politique qu'il porte, soit le lien essentiel du principe de l'autodétermination avec les droits fondamentaux de l'être humain.

a) Jeter les bases d'un nouveau modèle

L'autodétermination, affirme Anaya, s'est avérée un extraordinaire régulateur des rapports sociaux, capable d'établir des droits bénéficiant à tous les peuples de façon égale.⁴⁷⁶ Ce principe permettrait de créer des espaces de dialogue où les autochtones peuvent exprimer leurs revendications et permettrait de les mettre en contact avec l'espace décisionnel et la structure de pouvoir dans lesquelles ils se meuvent.⁴⁷⁷ En ce sens, le principe de l'autodétermination est apte à combler les lacunes existantes en droit international, lequel ne peut présentement répondre

⁴⁷⁵ F. DEROCHE, préc., note 189, à la page 59.

⁴⁷⁶ S. J. ANAYA, «The Contours of Self-Determination and its Implementation: Implications of Developments Concerning Indigenous Peoples», dans Gudmundur ALFREDSSON et Maria STAVROPOULOU (dir.), *Justice Pending : Indigenous Peoples and Other Good Causes*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 5, à la page 13.

⁴⁷⁷ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 131.

adéquatement aux aspirations légitimes des autochtones en tant que groupes politiques et en tant qu'individus.⁴⁷⁸

Cette approche constructive met l'accent sur la capacité de l'autodétermination de permettre l'harmonisation des relations entre les groupes. Cette interprétation constructive permet également de contourner les appréhensions provoquées par ce concept, soit sa nature conflictuelle qui divise plutôt qu'il n'unit en affirmant que la logique de la différence qu'elle implique permet au contraire l'unité dans la diversité.⁴⁷⁹ Le concept d'autodétermination se présente sous de multiples formes normatives. Il est à la fois principe politique, principe juridique et règle de droit péremptoire.⁴⁸⁰ Ainsi, son caractère normatif multiple lui permet d'agir en tant que guide et en tant que norme spécifique. Cette richesse confère à l'autodétermination une multiplicité de sens autour du même fondement.

C'est dans cette perspective qu'Alexandra Xanthaki suggère une compréhension différente du principe de l'autodétermination des peuples. Si le droit à l'autodétermination prévu dans les textes constitutifs du processus de décolonisation est limité à une certaine conception du peuple et du territoire — processus considéré comme à peu près épuisé⁴⁸¹, il ne vide pas de sa substance le principe dont il découle. De toute façon, une interprétation littérale et claire de la notion de peuple, conformément aux principes d'interprétation en droit international,

⁴⁷⁸ *Id.*, p. 142.

⁴⁷⁹ F. DEROUCHE, préc., note 58, p. 233.

⁴⁸⁰ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 156. Sambo Dorough, dans son analyse du statut du droit à l'autodétermination, conclut qu'il constitue une norme qualifiée de *jus cogens* en droit international, soit une norme coutumière universelle à laquelle aucune dérogation n'est possible : D. SAMBO DOROUGH, préc., note 90, p. 244-249. L'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 61, précise que ces normes impératives du droit international général rendent nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec ces dernières. Cette convention ne précise cependant pas les conditions qui permettent à une norme d'acquiescer ce statut. La doctrine ainsi que la *Commission du droit international des Nations Unies* s'accordent cependant pour inclure parmi ces normes fondamentales le principe de l'autodétermination : voir J.-M. ARBOUR, préc., note 102, p. 37. La Cour internationale de justice, sans pour autant l'ériger explicitement en norme de *jus cogens*, qualifia le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme un droit opposable *erga omnes* (c'est-à-dire opposable à l'égard de tous) et l'un des principes essentiels du droit international dans l'*Affaire du Timor Oriental : Portugal c. Australie*, C.I.J., Recueil, 1995, p. 90, 102.

⁴⁸¹ J. COMBACAU et S. SUR, préc., note 63, p. 266.

comprend sans conteste les peuples autochtones.⁴⁸² D'autres avenues normatives sont donc possibles pour le principe de l'autodétermination et peuvent s'appliquer aux autochtones.

Le débat dont nous avons tracé les grandes lignes s'oriente essentiellement sur la nature des bénéficiaires du droit. La définition du peuple et les tests de justification posés par le droit international occultent la nature du droit à l'autodétermination et les conditions qui lui donnent naissance.⁴⁸³ Ce dernier serait multidimensionnel et modulable en fonction de la situation particulière du groupe.⁴⁸⁴ Xanthaki conçoit deux approches du principe de l'autodétermination qui oriente sa substance. L'approche minimale⁴⁸⁵ conçoit le droit à l'autodétermination comme le droit à l'indépendance. C'est celle développée par la doctrine de la décolonisation. Cette approche est inappropriée pour les revendications autochtones, étant axée sur la restitution en fonction du système de création d'États postcoloniaux. La situation particulière des peuples autochtones qui génère leurs revendications politiques correspond à une nouvelle forme de l'autodétermination, qui est relationnelle et évolutive. L'approche maximale de l'autodétermination permettrait de combler les lacunes de la première et d'en dépasser les limites.⁴⁸⁶ Sont principalement inclus dans l'approche maximale les aspects internes de l'autodétermination, notamment une autonomie de la culture, de l'économie, de la religion, de l'éducation et du territoire. C'est donc un droit-contenant (*umbrella right*), dont le contenu se détermine en fonction de la situation particulière de ses bénéficiaires.

⁴⁸² Daes, Présidente et Rapporteur-spécial du *Groupe de travail sur les populations autochtones* des Nations Unies, considère que les critères généralement acceptés à propos de la notion de peuple (*supra*, p. 61) correspondent au-delà de tout doute aux peuples autochtones : «[...] indigenous peoples are unquestionably 'peoples' in every social, cultural and ethnological meaning of the term. They have their own specific languages, laws, values and traditions; their own long histories as distinct societies and nations; and a unique economic, religious and spiritual relationship with the territories in which they have so long lived. It is neither logical nor scientific to treat them as their neighbours, who obviously have different languages, histories and cultures and who often have been their oppressors.» E.-I. DAES, «An Overview of the History of Indigenous peoples: Self-Determination and the United Nations» (2008) (21) 1 *Cambridge Review of International Affairs* 8, 24. Cette opinion est partagée par plusieurs experts sur la question: S. J. ANAYA, préc., note 476, à la page 10. Voir également F. DEROCHÉ, préc., note 58, p. 239-241.

⁴⁸³ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 145.

⁴⁸⁴ La définition constructiviste des peuples autochtones défendue par Kingsbury s'inspire de la même approche : voir *supra*, p. 81.

⁴⁸⁵ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 146-152.

⁴⁸⁶ *Id.*, p. 152-154.

Ces conceptions minimale et maximale font écho aux facettes externes et internes du droit à l'autodétermination. La division conceptuelle du droit à l'autodétermination en deux aspects co-dépendants est en effet généralement acceptée par la doctrine du droit international.⁴⁸⁷ La facette externe est associée à l'indépendance et la sécession tandis que l'interne concerne les notions de démocratie et de représentativité. La *Recommandation Générale XXI*, adoptée par le *Comité sur l'élimination de la discrimination raciale* en 1996, se consacre à la notion d'autodétermination et précise le contenu de ces deux aspects :

Le droit à l'autodétermination comporte un aspect intérieur, qui est le droit de tous les peuples de poursuivre librement leur développement économique, social et culturel sans ingérence extérieure. A cet égard, il existe un lien avec le droit de tout citoyen de prendre part à la conduite des affaires publiques à tous les échelons [...]. En conséquence, les gouvernements doivent représenter l'ensemble de la population, sans distinction de race, de couleur, d'origine ou d'appartenance nationale ou ethnique. L'aspect extérieur de l'autodétermination est que tous les peuples ont le droit de déterminer librement leur statut politique et leur place dans la communauté internationale sur la base du principe de l'égalité des droits et ainsi que l'illustrent la libération des peuples du colonialisme et l'interdiction de la soumission des peuples à la sujétion, la domination et l'exploitation étrangères.⁴⁸⁸

La proposition de plusieurs auteurs consiste à sortir ces facettes de leur carcan traditionnel, héritage du colonialisme, pour en révéler la portée en fonction d'une justice distributive sensible à la pluralité d'appartenance des individus.⁴⁸⁹ Ainsi, l'indépendance et la sécession n'épuisent plus l'aspect externe de ce droit. S'y ajoutent des formes de partenariats politiques fondés sur l'autonomie et le partage de pouvoir.

⁴⁸⁷ Kristian MYNNTI, «The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination and Effective Participation», dans Pekka AIKO et M. SHEININ (dir.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000, p. 85, à la page 103.

⁴⁸⁸ *Recommandation générale XXI. Le droit à l'autodétermination*. Doc. N. U. A/51/18, 23 août 1996.

⁴⁸⁹ Bryant ajoute que le cloisonnement dans une vision binaire du droit à l'autodétermination, déterminée par une doctrine maintenant dépassée, n'est pas nécessaire. Il existerait ainsi d'autres conceptions possibles qui s'appliquent à des groupes minoritaires et leur octroient un statut spécial accompagné de droits de nature positive : M. J. BRYANT, préc., note 473, 277.

Anaya considère que la remise en question de cette conception du droit à l'autodétermination découle du fait que ce droit est en fait un droit humain qui découle des valeurs fondamentales que sont la liberté et l'égalité. Les premiers articles des deux Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme affirment en effet le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes.⁴⁹⁰ Par voie de conséquence, le droit à l'autodétermination ne se limite pas aux entités étatiques souveraines mais aux hommes dans leur ensemble, individuellement et collectivement.⁴⁹¹ La raison d'être des droits de l'homme est de protéger les hommes et non les États et est portée par un idéal de justice globale.⁴⁹² En raison de cette nature intrinsèque du droit à l'autodétermination, on ne peut donc pas limiter la notion de peuple aux entités légales distinctes que sont les États. Les hommes entretiennent des liens complexes entre eux et ne peuvent se réduire à la notion d'État-nation. Celle de peuple, pour Anaya, représente plutôt les sphères d'appartenance politiques et culturelles des individus.

Le fait de considérer nécessairement le droit à l'autodétermination comme devant mener à la formation d'un État indépendant, ce qui explique qu'il soit associé au droit à la sécession d'un État existant, serait donc erroné. Si cette forme du droit avait prédominé durant la période de décolonisation, c'est parce qu'elle était nécessaire à la pleine réalisation de ce droit. La sécession et l'indépendance ne constitueraient donc qu'une instrumentalisation du droit à l'autodétermination, répondant à la situation spécifique de certains peuples. Il importe donc de distinguer la *substance* de la norme de l'autodétermination des *mesures* qui permettent sa pleine réalisation.⁴⁹³

Pour Anaya, la substance du droit à l'autodétermination est composée de deux aspects. Le premier consiste en un aspect «constitutif» et concerne le phénomène de création des entités politiques. Cet aspect constitutif, où les peuples «déterminent librement leur statut politique», doit être gouverné par des standards de

⁴⁹⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, préc., note 26, art. 1 (1), *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 27, art. 1 (1).

⁴⁹¹ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 99.

⁴⁹² S. J. ANAYA, préc., note 476, à la page 8.

⁴⁹³ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 104.

participation minimale de tous les peuples affectés par ce phénomène. Le deuxième aspect concerne celui de l'autodétermination continue (*ongoing self-determination*). Cet aspect requiert pour l'essentiel un gouvernement dans lequel les individus et les groupes sont en mesure de faire des choix significatifs sur toutes les matières qui touchent à leur vie, et ce de façon continue.

La recherche d'un équilibre, selon cette nouvelle conception de l'autodétermination, doit prendre en compte les multiples appartenances sociales entretenues par la collectivité visée.⁴⁹⁴ Wiessner affirme que cette nouvelle conception doit tenir compte de la dimension culturelle particulière et cosmogonique des autochtones pour qu'elle soit considérée authentique. Leur spiritualité, source de production normative, doit y être incluse et constituer une priorité dans leur droit à l'autodétermination.⁴⁹⁵ Pour que le principe de l'autodétermination émancipe pleinement les peuples, prenant acte de cette conception plurielle et variable entre les sphères d'appartenance politiques que partage l'individu, une attention particulière doit également être portée à la constitution et au fonctionnement de la gouvernance autochtone. Pour Anaya, ces sphères d'appartenance se situent surtout au niveau du peuple autochtone, de l'État et de la communauté internationale en général. Dans cette optique, les frontières traditionnelles associées à la souveraineté de l'État — qu'elles soient juridictionnelles ou géographiques — ne suffisent plus à l'architecture du politique.⁴⁹⁶ La reconnaissance des intérêts légitimes des peuples autochtones entraîne ainsi une reconfiguration politique, comme nous l'avons vu précédemment.⁴⁹⁷

Une compréhension culturellement sensible des aspects internes de l'autodétermination permet de renforcer ces nouvelles formes de partage du pouvoir. Les critères fondamentaux de représentation démocratique, pour être légitimes, doivent donc respecter la sphère d'appartenance des minorités politiques intra-étatiques en leur offrant une autonomie décisionnelle. Andrew Huff s'appuie sur

⁴⁹⁴ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 158, S. J. ANAYA, préc., note 476, à la page 10.

⁴⁹⁵ S. WIESSNER, préc., note 188, 1170, 1171 et 1175.

⁴⁹⁶ S. J. ANAYA, préc., note 476, à la page 11.

⁴⁹⁷ *Supra*, p. 93 et 103.

cette conception culturellement sensible de l'organisation politique étatique —sur laquelle se fonde par ailleurs Kymlicka pour développer sa théorie politique multiculturaliste⁴⁹⁸— pour rattacher les obligations existantes en droit international aux revendications autochtones. En rejetant le droit à l'autodétermination d'un segment de la population d'un État, une carence de représentativité démocratique apparaît et doit donc être remédiée.⁴⁹⁹

Anaya considère que la réparation de cette carence, qui est variable en forme et en moyens étant donné qu'elle se fonde sur une relation politique entre les groupes et l'État, est dynamique et continuellement sujette à renégociation selon les circonstances (ce qui se rapporte à sa deuxième facette de l'autodétermination dite «continue»⁵⁰⁰). Concernant les peuples autochtones, cette réparation vise à rectifier les violations historiques de leur droit à l'autodétermination dont les effets sont encore palpables aujourd'hui. En ce sens, les droits développés pour les autochtones au cours des dernières décennies constitueraient pour l'essentiel un régime de réparation afin de rétablir une légitimité politique fondée sur l'égalité entre tous les peuples.⁵⁰¹ Ces droits permettraient de rétablir un partage des pouvoirs entre les groupes politiques au sein d'un même État et constituerait le nouveau sens de l'autodétermination dans l'ère postcoloniale.⁵⁰² Daes conçoit cette réparation comme constituant une forme de construction étatique tardive (*belated state-building*), où les acteurs d'une même communauté politique peuvent renégocier les termes de leur association par le biais d'une pleine participation aux décisions étatiques.⁵⁰³

Malgré ses avantages intéressants, certains activistes autochtones s'opposent à cette nouvelle conception du droit à l'autodétermination.⁵⁰⁴ Ces derniers affirment

⁴⁹⁸ *Supra*, p. 94.

⁴⁹⁹ A. HUFF, préc., note 5, 319.

⁵⁰⁰ S. J. ANAYA, préc., note 476, à la page 12. Voir également *supra*, p.141. Il rejoint donc la proposition défendue entre autres par Tully, Young, Maaka et Fleras et Connolly que nous avons abordé dans la section 2 d) du chapitre I : *supra*, p. 101.

⁵⁰¹ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 110.

⁵⁰² P.-C. LABEAU, préc., note 39, 534. Labeau en conclut que l'idée d'un droit à l'autodétermination flexible, à géométrie variable, serait déjà en gestation en droit international : *Id.*, 514-517.

⁵⁰³ É.-I. DAES, préc., note 482, 22.

⁵⁰⁴ En particulier J. Y. Henderson : voir J. S. HENDERSON, préc., note 342.

que leurs droits découlent directement de la colonisation et de leur sujétion à l'État colonisateur. En conséquence, ils seraient admissibles au droit à l'indépendance prévu par les instruments juridiques qui régissent la décolonisation.⁵⁰⁵ Ces opposants craignent que la création d'une nouvelle forme d'autodétermination des peuples évacue les fondements de leurs revendications historiques et les excluent illégitimement du régime de décolonisation existant. Ces activistes exposent ainsi le problème causé par cette nouvelle interprétation du droit à l'autodétermination. En effet, on peut se demander si cette approche novatrice résulte en une forme d'autodétermination atténuée, étant donné qu'elle n'inclut plus le droit à l'indépendance souveraine. Cela aurait pour effet de créer une deuxième catégorie de peuple.⁵⁰⁶ Rappelons sur ce point que Koubi et Shulte-Tenckhoff considèrent que la création d'un concept d'autodétermination «diminuée», dont on dépouille le droit à la sécession, pourrait ironiquement être associé à une logique de discrimination.⁵⁰⁷

Cette critique est appuyée par Gilbert, qui voit dans la division du droit à l'autodétermination entre une face interne et externe une méthode privilégiant la préservation de l'intégrité territoriale étatique. L'approche maximale préconisée par Xanthaki, qui permet une approche flexible du contenu du droit à l'autodétermination, risque également de rendre ce dernier trop imprécis, ce qui pourrait être considéré inadmissible du point de vue des États, débiteurs des obligations découlant de ce droit multiple et imprévisible.

Néanmoins les avantages d'une telle approche sont indéniables; ils permettent de rendre justice en grande partie aux revendications autochtones en répondant à leurs fondements politiques. En se focalisant sur la participation aux affaires publiques à l'interne, le droit à l'autodétermination des autochtones permet notamment une prise de contrôle de leurs territoires traditionnels d'une façon

⁵⁰⁵ *Supra*, p. 103.

⁵⁰⁶ Labeau affirme que «le droit à l'autodétermination qui sera particulier aux peuples autochtones et qui en train d'apparaître dans le droit international public contemporain est un moyen terme, une catégorie intermédiaire entre le droit de sécession des peuples coloniaux et les droits socioculturels, non territoriaux, des minorités.» : P.-C. LABEAU, préc., note 39, 539.

⁵⁰⁷ *Supra*, p. 103.

compatible avec l'intégrité territoriale des États.⁵⁰⁸ Mieux encore, cette approche réussit à s'insérer dans un système politique créé à l'origine pour les exclure, et qui, par ailleurs, est le seul existant. Les droits de l'homme constituent en conséquence le meilleur vecteur pour établir une redéfinition des rapports de pouvoir entre autochtones et gouvernements étatiques.

b) L'autodétermination en tant que droit humain fondamental

Le développement des droits de la personne a connu une expansion considérable à la suite des abus indescriptibles de la personne humaine, essentiellement commis en fonction de l'appartenance culturelle et ethnique, qui ont eu lieu durant la Deuxième Guerre mondiale et qui se sont poursuivis par la suite. Les institutions internationales, Nations Unies en tête, vont s'approprier la protection effective des droits de l'homme en en faisant une question de droit international. Leur mission est d'étendre la protection de tous les individus, nationaux ou non, contre les mesures discrétionnaires des États en soumettant ces derniers à un standard minimum international de protection de la personne. Cette mission sera atteinte par le développement, à partir de 1945, d'un corpus normatif composé d'instruments de protection des droits de l'homme universels et régionaux. Ces droits correspondent à une nouvelle forme du jusnaturalisme classique,⁵⁰⁹ détachés de leur origine divine pour résider dans la nature humaine, et confèrent au droit une finalité humaniste universelle.⁵¹⁰ L'adhésion croissante des États aux idéaux véhiculés par ces instruments fondamentaux, de plus en plus nombreux, permettent aujourd'hui d'affirmer que leur souveraineté n'est plus absolue en la matière.⁵¹¹ La dualité des principes fondamentaux du système politique international, opposant droits de l'homme et souveraineté étatique, crée un équilibre précaire entre ces deux piliers de l'organisation internationale. Le contraste entre les engagements des États envers les standards prescrits par les instruments relatifs aux droits de l'homme et leur mise en œuvre nationale en est un témoin persistant.

⁵⁰⁸ J. GILBERT, préc., note 3, p. 208.

⁵⁰⁹ D. SAMBO DOROUGH, préc., note 90, p. 111.

⁵¹⁰ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 50.

⁵¹¹ J.-M. ARBOUR, préc., note 102, p. 382.

Le fait d'ancrer le droit à l'autodétermination des autochtones dans les droits humains permettra néanmoins d'instaurer un dialogue des États avec les autochtones qui s'écarte des paradigmes de la décolonisation et de ses limites conceptuelles. Les droits de l'homme sont reconnus comme universels.⁵¹² L'existence humaine suffit à leur apparition. La nature même des droits de l'homme les rend interdépendants, interreliés et indivisibles.⁵¹³ Darlene Sambo Dorough indique qu'en plus de cette interrelation des droits de l'homme entre eux existe la relation particulière qu'ils entretiennent avec la démocratie et l'État de droit. Ainsi, les principes sous-jacents de la démocratie sont intimement liés à l'exercice des droits humains et à l'application du principe de l'État de droit.⁵¹⁴ Cette approche rend possible la thèse d'un droit à l'autodétermination autochtone fondée sur les éléments essentiels défendus par les droits de l'homme. L'égalité et la non-discrimination peuvent en effet quitter leur conception d'origine, enracinée dans une philosophie individualiste, pour s'engager vers la reconnaissance et la promotion de la diversité culturelle, ce qu'ils feront graduellement.⁵¹⁵

Les normes fondamentales que sont l'égalité et la non-discrimination, fortes de cette nouvelle approche fondée sur la dimension collective de l'individu et de leur relation profonde avec le principe de la démocratie, permet une appréciation différente des droits exclusifs aux autochtones. Ces derniers peuvent être considérés comme des mécanismes de régulation entre les autochtones et leur État. C'est dans cette optique qu'Anaya voit le développement des divers droits relatifs aux

⁵¹² D. SAMBO DOROUGH, préc., note 90, p. 136. Comme l'explique l'auteure, leur application doit cependant tenir compte du contexte culturel où ils se déploient. Ainsi, l'homogénéisation culturelle n'est pas visée par la doctrine des droits de l'homme; elle vise plutôt à établir des standards minimaux de la condition humaine. Thornberry le résume ainsi: «The 'universal' in 'universal human rights' is beneficial to indigenous peoples if it is a complex and not a simple universalism. [...] the former makes the step from difference to dialogue, and is procedural and deliberative, implying a minimum of mutual recognition of taking the voice of the other seriously»: P. THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002, p. 114.

⁵¹³ *Déclaration et programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Vienne, 14-25 juin 1993, reproduit dans M. IMBLEAU (dir.), préc., note 470, p. 409, par. 1 (5). Cette reconnaissance du caractère non hiérarchique des droits de l'homme est relativement récente, émergeant après la division idéologique incarnée par la guerre froide qui opposait les droits civils et politiques aux droits sociaux et culturels.

⁵¹⁴ D. SAMBO DOROUGH, préc., note 90, p. 143.

⁵¹⁵ A, HUFF, préc., note 5, 323.

autochtones au niveau international comme autant de reconnaissance des divers aspects qui composent leur droit à l'autodétermination. Ce faisant, ces droits viennent leur offrir les moyens qui leur permettront de réparer la carence historique illégitime que constitue l'usurpation de leur souveraineté.⁵¹⁶ Ces droits tombent généralement aux dires d'Anaya dans 5 catégories juridiques : la non-discrimination, l'intégrité culturelle, les territoires et ressources naturelles, le bien-être social et le développement et l'autonomie gouvernementale. Nous nous inspirerons de ce découpage dans l'analyse qui suit.

Ces droits qui composent le droit à l'autodétermination évoqué par Anaya ne doivent cependant pas être confondus avec des droits similaires qui relèvent d'un autre type de protection juridique. Xanthaki nous met en garde contre cette confusion potentielle qui selon elle entraîne l'appauvrissement mutuel de ces deux types de droits. Elle prend à titre d'exemple le droit des autochtones à leur système judiciaire traditionnel. Ce droit pourrait être considéré —à tort— comme un droit culturel, étant compris comme un droit de pratiquer leurs coutumes traditionnelles, alors qu'il est foncièrement un droit politique en *conjonction* avec un aspect de leur culture. Les droits politiques et les droits culturels visent en ce sens deux fins spécifiques et différentes.⁵¹⁷ L'élément politique, soit la capacité des autochtones d'exercer des choix sur les événements qui touchent à leur identité, est donc une facette essentielle des normes élaborant les éléments de l'autodétermination autochtone et nous permet de les distinguer des autres droits de la personne. Il faut cependant garder à l'esprit la particularité du développement des droits autochtones. Les dispositifs juridiques liés à leurs revendications sont généralement, à première vue, confinés à une dimension apolitique. Le sens donné à ces dispositions par les autorités institutionnelles va dépasser cette première acception pour y absorber les dimensions politiques requises par la particularité des revendications autochtones.

⁵¹⁶ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 129.

⁵¹⁷ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 172.

c) Un développement normatif élaborant une nouvelle relation politique entre les peuples autochtones et l'État

Le développement normatif relatif aux autochtones et leur reconnaissance graduelle en tant qu'acteurs à part entière au sein des institutions internationales pourrait donc, éclairé par l'approche du droit à l'autodétermination préconisée notamment par Anaya, constituer des moyens de remédier à la violation de leur droit fondamental à l'autodétermination. Nous avons vu que ce développement normatif émerge d'un système juridique fondé sur une philosophie individualiste qui ne tenait pas compte —ou même répugnait à tenir compte— à l'origine de l'importance de l'autonomie d'une minorité nationale. Cependant, ces droits individuels seront interprétés en fonction des particularités identitaires de l'autochtonie. Cette approche permettra d'édifier un corpus normatif qui réponde à leurs revendications politiques.

i) Le tremplin : la protection de l'intégrité culturelle

Le droit à la culture fut le point d'entrée des revendications autochtones en droit international. Il sera affirmé dès 1948 à l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*,⁵¹⁸ puis en 1966 à l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits sociaux et économiques*⁵¹⁹ et 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.⁵²⁰ La communauté internationale pris rapidement conscience du fait que les mécanismes contre la discrimination ne suffisaient pas à contrer des méthodes d'assimilation plus subtiles, ce qui la poussa à

⁵¹⁸ « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent » : *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 23. Pour un historique de l'adoption de l'article 27, voir Elsa STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law : Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 11 à 16.

⁵¹⁹ « Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit: a) De participer à la vie culturelle; b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications; c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. » : *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, préc., note 26.

⁵²⁰ Voir *supra*, p. 36.

élargir le concept individualiste des droits de l'homme afin d'assurer la protection des cultures minoritaires.⁵²¹

Ces droits vont tout d'abord viser à protéger les minorités d'une stigmatisation de l'État où ils vivent, en garantissant leur participation à la société dans son ensemble. Pour ce faire, les éléments fondamentaux de leur identité, soit la langue et l'exercice des pratiques religieuses, sont garantis sous forme de droits de la personne. La conception du droit à la culture va donc, à *priori*, reposer sur une base individuelle; elle vise à protéger les personnes qui appartiennent à un groupe vulnérable. Son aspect collectif sera ainsi largement ignoré jusque dans les années quatre-vingt.⁵²²

À partir de la chute du bloc soviétique, en 1989, les autorités internationales vont adopter une nouvelle interprétation des droits culturels et lui reconnaître une dimension collective intrinsèque. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* offre une ouverture à cette dimension collective; il prévoit la jouissance des droits culturels «en commun avec les autres membres de leur groupe». Cette disposition va servir de point d'appui à la reconnaissance de certaines des revendications autochtones et surtout au développement d'une jurisprudence qui leur est sensible.⁵²³ En outre, le caractère universel du droit à la culture, qui fait maintenant l'objet d'un vaste consensus entre les États, va permettre d'éviter les écueils reliés aux revendications plus directes de droits politiques relatifs à l'autodétermination.⁵²⁴

La reconnaissance spécifique des droits culturels des autochtones se trouve dans plusieurs instruments développés par les institutions internationales.⁵²⁵ Le

⁵²¹ Ingrid ROY, *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 86.

⁵²² *Id.*, p. 89.

⁵²³ *Supra*, p. 65.

⁵²⁴ E. STAMATOPOULOU, préc., note 518, p. 206.

⁵²⁵ Ont déjà été mentionnés dans l'introduction de cette étude la reconnaissance des droits culturels dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, l'Agenda 21 de la *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement* et la *Convention sur la diversité biologique* : voir *supra*, p. 15 à 17.

Rapport final du Rapporteur spécial Erica-Irène Daes portant sur la protection du patrimoine des populations autochtones,⁵²⁶ préparé dans le cadre des travaux du *Groupe de travail sur les populations autochtones*, fait de la maîtrise des questions culturelles un aspect fondamental des droits autochtones :

[...] la protection du patrimoine des peuples autochtones devrait être largement fondée sur le principe de l'autodétermination qui comporte le droit et le devoir des peuples autochtones de développer leurs propres cultures et systèmes de connaissances ainsi que leurs propres formes d'organisation sociale.⁵²⁷

Ce commentaire fait un premier rapprochement entre la culture et l'autonomie des peuples autochtones.

Le Projet de déclaration interaméricaine y consacre par ailleurs un chapitre entier, enjoignant les États à respecter l'intégrité culturelle des peuples autochtones, leurs coutumes et leur mode de vie.⁵²⁸ L'autonomie des communautés autochtones en termes d'éducation y est affirmée et l'État doit prendre les mesures nécessaires à sa mise en œuvre.⁵²⁹ Les articles XVI et XVII traitent du droit autochtone, entendu comme leurs «systèmes juridiques autochtones» et «institutions et pratiques traditionnelles», qui doivent faire partie intégrante de l'ordre juridique des États et faire l'objet de reconnaissance, de promotion et de renforcement, entre autres par rapport à leurs ressources traditionnelles.

La *Recommandation générale XXXI du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale*, adoptée en 2005, abonde dans le même sens. Elle aborde la question des ordres juridiques autochtones et recommande aux États de «veiller au respect et à la reconnaissance des systèmes traditionnels de justice des peuples autochtones, en conformité avec le droit international des droits de l'homme».⁵³⁰ Le

⁵²⁶ *Protection du patrimoine des populations autochtones*, Rapport final du Rapporteur spécial, Mme Erica-Irene Daes, Doc. N. U. E/CN.4/Sub.2/1995/26, 21 juin 1995.

⁵²⁷ *Id.*, principe 2, p. 10.

⁵²⁸ *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, préc., note 50, art. VII (1) et (3).

⁵²⁹ *Id.*, art. IX.

⁵³⁰ *Recommandation générale XXXI sur la discrimination raciale dans l'administration de la justice et le fonctionnement du système de justice pénale*, Doc. Off. A.G. A/48/18, ann. III, par. 5 e).

système juridique autochtone doit donc occuper tout au long d'un processus judiciaire une place légitime dans l'ordre juridique dominant, et particulièrement dans le domaine pénal.⁵³¹

L'ensemble des dispositions de la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* doivent quant à elles être appliquées dans la «reconnaissance, la protection et le respect de l'intégrité des valeurs, pratiques et institutions autochtones.»⁵³² L'article 8 affirme leur droit de conserver leurs coutumes et institutions, dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux. La mise en œuvre de ces droits à travers l'éducation et les institutions locales doit s'accompagner d'une latitude juridictionnelle qui respecte les coutumes autochtones. Ces objectifs sont prévus dans le préambule de la Convention, qui cherche à reconnaître aux autochtones un contrôle des institutions locales et vise à les réintégrer dans les prises de décisions qui les concernent, tout en les maintenant dans l'ordre étatique où ils évoluent.⁵³³

Bien que le concept de culture soit flou et que sa judiciarisation soit sujette à maintes critiques théoriques, un large consensus émerge des normes internationales sur la nécessité de protéger les éléments essentiels qui composent l'identité autochtone. Une reconnaissance de pouvoirs de décisions des autochtones sur leurs affaires culturelles par les États est affirmée par les institutions internationales. Toutefois, les travaux de l'*Organisation des États américains* ainsi que ceux du *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* ne se prononcent pas clairement sur le droit à l'autonomie en matière de culture. La Convention 169, bien qu'elle n'affirme pas explicitement un droit à l'autodétermination sur la culture, insiste cependant sur l'importance de la culture dans la gestion des affaires internes des autochtones. De plus, les dispositions relatives à la culture autochtone de la Convention 169 et du *Projet de déclaration interaméricaine* s'expriment la plupart du temps sous la forme d'un droit collectif. L'utilisation d'une disposition interprétative générale dans la Convention 169 prévoyant le respect de l'intégrité des institutions autochtones dans l'application de cet instrument peut également être considéré

⁵³¹ *Id.*, par. 27, 36 et 41.

⁵³² *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, préc., note 43, art. 1 (2).

⁵³³ *Id.*, par. 6 du préambule.

comme une certaine reconnaissance de l'autonomie culturelle des collectivités autochtones. Le respect des systèmes coutumiers, des institutions traditionnelles et du système juridique traditionnel promulgué par les institutions internationales, en particulier le *Comité sur l'élimination de la discrimination raciale* des Nations Unies, semble également emprunter cette voie.

ii) Les droits territoriaux

Les droits territoriaux des peuples autochtones, en raison de leur nature collective, sont fréquemment liés au droit à l'autodétermination.⁵³⁴ Suivant la perspective de Deroche, le droit à l'autodétermination contient deux dimensions qui ont une incidence importante pour la protection des territoires autochtones, soit les dimensions économique et culturelle. La première implique une reconnaissance des droits sur les ressources naturelles afin d'assurer leur développement, tandis que la deuxième permet la protection du lien particulier et personnel qu'entretiennent les autochtones avec leur territoire. Cette deuxième dimension profite de la large reconnaissance par le droit international du lien culturel au territoire.⁵³⁵ Cela amène Deroche à conclure que «le droit à l'autodétermination des peuples autochtones ne peut se réaliser pleinement que s'ils disposent de leurs terres et ressources naturelles».⁵³⁶

Gilbert, quant à lui, considère que le principe de l'autodétermination s'appliquant aux territoires autochtones s'est principalement réalisé par le biais d'un accès aux ressources naturelles et d'un droit de participation aux décisions qui affectent leurs territoires.⁵³⁷ Le droit à l'autonomie et les droits territoriaux constituent dans cette perspective les «deux faces d'une même pièce»⁵³⁸ et sont interdépendants dans la réalisation pleine et entière de l'autodétermination des peuples autochtones.

⁵³⁴ J. GILBERT, préc., note 3, p. 200.

⁵³⁵ *Supra*, p. 63.

⁵³⁶ F. DEROCHE, préc., note 58, p. 265.

⁵³⁷ J. GILBERT, préc., note 3, p. 209.

⁵³⁸ *Id.*, p. 226.

Un des grands défis des droits territoriaux autochtones repose dans la conciliation des approches conceptuelles du foncier selon le droit de propriété occidental et celui la culture autochtone. Le droit à la propriété constitue en effet un principe fondamental des droits de l'homme. Il fut affirmé dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui stipule que «toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété» et que «nul ne peut [en] être arbitrairement privé». ⁵³⁹ Le concept de droit territorial ou droit foncier, en contexte occidental, fait écho à une multitude de concepts juridiques complexes. On peut affirmer que le concept de propriété foncière en est la base. Le droit foncier représente en Occident un système complexe qui s'articule selon des règles précises, que ce soit dans ses démembrements, sa transmissibilité ou son rapport avec l'État. ⁵⁴⁰ Son fondement est cependant toujours le même et reste à la base du droit à la propriété consacré dans les premiers instruments de protection des droits humains : il est imprégné de la philosophie libérale, de nature individuelle et, surtout, libre de contraintes culturelles. Devant le monopole qu'a cette conception du territoire en droit, la reconnaissance des modes particuliers de propriété autochtone va devoir emprunter la même voie qu'en matière de droits culturels, soit en se nichant dans les dispositifs déjà existants pour ensuite tenter d'en étendre la portée aux particularismes autochtones, lesquels impliquent une forme d'utilisation et de gestion collective du territoire :

Les États développent une approche essentiellement économique de la terre et des ressources naturelles et cette question est souvent liée à leur souveraineté politique et économique; de l'autre côté, les peuples autochtones considèrent la terre comme un moyen essentiel à leur survie physique et culturelle. En outre, les États ont souvent tendance à «compartementaliser» les droits en séparant chaque élément de la terre; or, les peuples autochtones possèdent une vision globale de la terre et de ses ressources qui sont utilisées et gérées collectivement. ⁵⁴¹

⁵³⁹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 23, art. 17. Également affirmé dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 121, art. 5 d) v.

⁵⁴⁰ Pour une synthèse de l'évolution du concept de propriété foncière en Europe, voir J. Y. HENDERSON, préc., note 6, p. 13-87.

⁵⁴¹ F. DEROUCHE, préc., note 58, p. 269.

La réponse normative apportée à ce problème se fonde sur l'idée d'un droit-cadre qui, bien qu'il soit issu du positivisme juridique, se distingue des systèmes juridiques fonciers connus. L'idée de propriété foncière est donc maintenue, apportant son lot de contraintes comme une délimitation précise et un régime d'utilisation des ressources déterminé. Il intègre cependant certains éléments culturels autochtones ou du moins leur aménage un espace où les coutumes autochtones et la vision de ces derniers du territoire peuvent en déterminer les usages et la finalité.

Cette qualification soulève cependant certaines difficultés, étant donné qu'à priori une incompatibilité semble ressortir entre ces approches occidentale et autochtone : l'une systématique et rationnelle —s'appuyant sur les préceptes du droit positif— et l'autre spirituelle et globale. Abordant la problématique foncière autochtone par le biais de la *Recommandation XXIII* de 1997, le *Comité sur l'élimination de la discrimination raciale* nous expose les diverses facettes —et les enjeux— des revendications territoriales autochtones. La *Recommandation XXIII* résume l'approche des institutions internationales sur la question. Cette dernière demande aux États :

[...] de reconnaître le droit des autochtones de posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires communaux et, lorsqu'ils ont été privés des terres et territoires qui, traditionnellement leur appartenaient ou, sinon, qu'ils habitaient ou utilisaient, sans leur consentement libre et informé, de prendre des mesures pour que ces terres et territoires leurs soient rendus.⁵⁴²

Cette importante contribution au développement normatif international⁵⁴³ présente une série de composantes-clés, soit une définition large du territoire, un territoire détenu collectivement et auquel s'attachent des prérogatives ne se limitant pas à des activités traditionnelles. À ces prérogatives s'ajoute le droit de restitution et la condition minimale du consentement libre et éclairé des autochtones préalablement à toute incursion sur leur territoire.

⁵⁴² *Recommandation générale XXIII (51) concernant les peuples autochtones*, préc., note 137, par. 5.

⁵⁴³ Nigel BANKES, «Natural Resources Projects, Indigenous Peoples and the Role of International Law» (2004) 87 *Resources* 1, 6; J. GILBERT, préc., note 3, p. 97.

La recommandation XXIII du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale comporte une série de propositions «souhaitables», étant donné les limites imposées par la Convention sur les pouvoirs du Comité.⁵⁴⁴ Ce dernier s'en servira pourtant considérablement dans le cadre de sa procédure d'urgence.⁵⁴⁵ Ses interventions les plus marquantes porteront sur l'Australie, le Comité étant soucieux d'une reconnaissance adéquate et juste du titre aborigène et de ses bénéficiaires⁵⁴⁶ à la suite de l'arrêt *Mabo c. Queensland*.⁵⁴⁷ Il se préoccupera particulièrement du fardeau de preuve demandé aux autochtones afin d'établir leurs droits fonciers, considérant que le lien avec la terre revendiquée et la non-extinction de leur droit (deux preuves à établir dans le cadre des revendications du titre aborigène) serait exorbitant.⁵⁴⁸ Il s'intéressera également aux États-Unis, à propos de mesures d'expropriation imposées aux Shoshones de l'Ouest les forçant à quitter leurs terres ancestrales.⁵⁴⁹ Le Canada fit l'objet de deux communications spécifiques dans le cadre de cette procédure, en 2008⁵⁵⁰ et 2009⁵⁵¹, relativement aux négociations inabouties entre les indiens de la bande du Lac Lubicon et des entreprises pétrolières

⁵⁴⁴ P. THORNBERRY, préc., note 130, à la page 34.

⁵⁴⁵ Le mécanisme de la procédure d'intervention urgente est décrit dans le premier chapitre : *supra*, p. 40.

⁵⁴⁶ *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Australie*, Doc. N.U. A/49/18, par. 540. Voir également P. THORNBERRY, préc., note 130, à la page 36.

⁵⁴⁷ *Mabo c. Queensland*, 175 CLR 1 (1992). Cette décision très importante pour les droits fonciers des aborigènes d'Australie va rejeter la doctrine de la *Terra nullius* qui soutenait le système foncier national et ainsi donner un fondement juridique aux droits des aborigènes sur leurs terres : F. DEROCHE, préc., note 58, p. 276. La doctrine de la *Terra nullius*, que nous avons abordée au premier chapitre (*supra*, p. 8), a été utilisée pour donner une force légale à la colonisation de terres occupées par des peuples n'ayant pas d'organisation étatique ou de système de propriété organisé. Depuis l'arrêt *Mabo*, le fondement de la présence des droits territoriaux aborigènes en common law australienne et son articulation est similaire au titre ancestral canadien que nous avons abordé précédemment, bien qu'il soit encadré par des règles de preuve différentes : voir *supra*, p. 116.

⁵⁴⁸ *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Australie*, préc., note 546, par. 544.

⁵⁴⁹ *Mesures d'alerte rapide et procédure d'action urgente, décision 1 (68), États-Unis d'Amérique*, Doc. N.U. CERD/C/USA/DEC/1, 11 avril 2006.

⁵⁵⁰ *Committee on the Elimination of Racial Discrimination - Early-Warning Measures and Urgent Procedures, letters : Canada, 15 august 2008* : Site du Haut commissariat des droits de l'homme des Nations Unies, en ligne : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/Canada_letter150808.pdf> (consulté le 6 décembre 2010)

⁵⁵¹ *Committee on the Elimination of Racial Discrimination - Early-Warning Measures and Urgent Procedures, letters : Canada, 13 march 2009* : Site du Haut commissariat des droits de l'homme des Nations Unies, en ligne : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Canada130309.pdf> (consulté le 6 décembre 2010)

et gazières qui empiètent sur leurs territoires traditionnels, ainsi qu'aux expropriations des habitants de Kitchenuhmanykoosib Inninuwug pour des raisons de développement minier. Il est à noter que contrairement à l'approche canadienne, aucune limite intrinsèque fondée sur la nature du droit territorial ancestral n'est mentionnée par le Comité quant à l'utilisation du territoire autochtone.⁵⁵²

Le Rapporteur spécial des Nations Unies Rodolfo Stavenhagen appuie cette conception du droit foncier. Le rapport de sa mission de reconnaissance aux Philippines en décembre 2002 encourage la reconnaissance des droits communaux territoriaux et l'introduction du droit autochtone traditionnel dans la législation nationale.⁵⁵³

C'est cependant dans la jurisprudence des organes judiciaires de l'*Organisation des États américains* que l'on assiste à une interprétation d'un dispositif de protection individuelle qui est sensible à la particularité culturelle des autochtones. La Commission interaméricaine, lors d'une communication de 2004 opposant une communauté Maya à l'État du Belize, conclura que le territoire autochtone ne dépend pas exclusivement de la définition que s'en fait l'État. La communication de la Commission fait suite au dépôt d'une plainte par les autochtones en 1998, accusant le Belize de ne pas respecter leurs droits territoriaux en octroyant des permis d'exploitation pétrolière et forestières sur leurs territoires traditionnels. Se basant sur la jurisprudence disponible —notamment celle de la Cour interaméricaine—, elle affirmera que les droits territoriaux autochtones s'y rattachant doivent être définis selon les termes du droit international, lequel s'inspire, entre autres, des coutumes et traditions du peuple concerné.⁵⁵⁴

⁵⁵² L'approche canadienne, développée par les tribunaux sur la notion de titre aborigène, inclut une limite intrinsèque qui correspond à l'usage du territoire au moment du contact avec les européens (elle fut abordée au chapitre II : *supra*, p. 116) tandis que la *recommandation XXIII du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale* n'en fait pas mention.

⁵⁵³ Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, Mission aux Philippines, Doc. N.U. E/CN.4/2003/90/Add.3. M. Stavenhagen examina entre autres les effets des grands projets de développement sur la réalisation des droits des peuples autochtones. Voir également J. GILBERT, préc., note 3, p. 94 et 114.

⁵⁵⁴ *Maya indigenous Communities of the Toledo District*, Belize, report no. 40/04, Case 12.053, October 12, 2004

Un des plus importants arrêts rendu par la Cour interaméricaine à ce sujet concerne les droits fonciers de la communauté Awas Tingni, au Nicaragua.⁵⁵⁵ S'opposant à l'octroi de permis d'exploitation forestière sur ce qu'elle considérait être son territoire traditionnel, la communauté Awas Tingni, aidée par des groupes de recherche états-uniens, soumet sa cause à la Commission interaméricaine le 2 octobre 1995.⁵⁵⁶ Insatisfaite des agissements du Gouvernement nicaraguayen, cette dernière dépose par la suite une plainte contre l'État récalcitrant devant la Cour interaméricaine, en 1998. La Cour constate alors plusieurs violations commises par le Nicaragua. Outre l'absence de mécanismes juridictionnels pouvant répondre aux demandes des victimes,⁵⁵⁷ la Cour conclut que le comportement de l'État viole le droit à la propriété prévu à l'article 21 de la Convention. Ce dernier stipule que «toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens» et que cet usage et cette jouissance peuvent être subordonnés à l'intérêt social.⁵⁵⁸

Les détails de l'analyse juridique de la *Cour interaméricaine des droits de l'homme* témoignent d'une interprétation originale du droit de propriété protégé par la Convention dans son application aux territoires autochtones. Malgré la philosophie individualiste qui imprègne la disposition utilisée, le droit de propriété prévu par l'article 21 peut être interprété en fonction des coutumes de possessions territoriales autochtones et y inclure un aspect collectif. La Cour établit en effet clairement que la possession peut suffire à établir une propriété autochtone. La preuve de cette possession tient compte des lois coutumières et de la relation particulière qu'entretiennent les autochtones avec leur territoire.⁵⁵⁹ La reconnaissance de ce droit ne se plie donc pas aux exigences du droit commun de type occidental en matière foncière. Cette interprétation évolutive de la Cour est justifiée par les juges en vertu

⁵⁵⁵ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community c. Nicaragua*, requête n°11577, arrêt, (31 août 2001) C.I.D.H., en ligne : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf> (consulté le 18 juin 2009)

⁵⁵⁶ Voir S. J. ANAYA et Claudio GROSSMAN, «The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples» (2002) 19 (1) *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 1.

⁵⁵⁷ Contrevenant à la Convention qui prévoit le droit à une protection judiciaire «simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents»; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, préc., note 86, art. 25.

⁵⁵⁸ *Id.*, art. 21, al. 1. La notion d'intérêt social, similaire à l'intérêt public, est en effet mentionnée par la Convention: *infra*, note 560.

⁵⁵⁹ S. J. ANAYA et C. GROSSMAN, préc., note 556, par. 149.

de la doctrine de «l'instrument vivant» qui animerait la Convention. Cette doctrine veut qu'un instrument juridique fondamental est évolutif et s'adapte à la société et aux valeurs qui lui sont contemporaines. La Cour enjoindra conséquemment l'État fautif à délimiter et protéger de manière effective le territoire traditionnel des Awas Tingni. Agir autrement provoquerait une source d'insécurité incompatible avec les objectifs de la Convention.

Cependant, le droit de propriété reconnu aux autochtones dans la jurisprudence interaméricaine n'est pas exclusif, et peut être limité au nom des intérêts de la société dans son ensemble.⁵⁶⁰ Cela correspond généralement à l'exploitation économique du territoire. Il a néanmoins été déterminé dans l'arrêt *Saramaka*, rendu en 2007,⁵⁶¹ que cette limitation est assortie de conditions imposées à l'État. Des obligations lui incombent afin de pouvoir légitimement user de cette prérogative publique, notamment sous la forme d'une étude préalable des impacts environnementaux de l'exploitation prévue, de la participation des autochtones à l'élaboration du projet et de leur droit à une part raisonnable des bénéfices découlant de l'exploitation des ressources.⁵⁶²

Le Projet de déclaration interaméricaine précise de son côté que les droits de propriété et d'utilisation des territoires historiquement occupés ou fréquentés par les autochtones doivent être reconnus.⁵⁶³ Les droits de propriété et de possession de source précoloniale des autochtones sont considérés comme permanents, exclusifs, inaliénables, imprescriptibles et inextinguibles.⁵⁶⁴ Les territoires reliés à la pratique

⁵⁶⁰ En effet, «la loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social» et l'on peut priver une personne de ses biens «sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi.» : *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, préc., note 86, art. 21, par. (1) et (2).

⁵⁶¹ L'arrêt *Saramaka* fut rendu suite à la saisine de la Cour interaméricaine par la *Commission interaméricaine des droits de l'homme* au nom du peuple *Saramaka* (les fonctions et compétences de la Commission et de la Cour interaméricaine sont décrites au premier chapitre : *supra*, p. 30.) La Commission alléguait notamment que l'État du Suriname, où résident les plaignants, n'a pas adopté des mesures efficaces pour reconnaître leur droit à l'usage et la jouissance des territoires traditionnellement occupés ou utilisés par ces derniers.

⁵⁶² *Saramaka People c. Suriname*, préc., note 228, par. 123.

⁵⁶³ *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, préc., note 50, art. XVIII (2).

⁵⁶⁴ *Id.*, art. XVIII (3).

d'activités traditionnelles et de subsistance sont assortis d'un droit d'usage conformément à ces pratiques.⁵⁶⁵ Les autochtones peuvent également «participer pleinement à l'élaboration et à l'application de programmes gouvernementaux destinés à la préservation de leurs terres»,⁵⁶⁶ étayant l'intention de l'instrument de renforcer l'autonomie des peuples autochtones par rapport à leurs territoires.

La Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* reconnaît également aux autochtones «les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement».⁵⁶⁷ L'occupation traditionnelle en question est celle où ils ont vécu à travers le temps et qu'ils ont utilisé et géré conformément à leurs pratiques traditionnelles.⁵⁶⁸ Ces deux instruments utilisent le concept de propriété et de possession des terres traditionnelles autochtones de façon générale. La définition de ces territoires —ainsi que le critère d'occupation historique qui l'accompagne —est très large.

Concernant les ressources naturelles des autochtones, les dispositions du Projet de déclaration interaméricaine sont limitées à une obligation de «protection particulière». Il est cependant spécifié que ces droits «comprennent le droit d'utiliser, de gérer et de préserver ces ressources».⁵⁶⁹ Cependant, cette obligation de protection ne s'applique pas si l'État s'est déclaré le propriétaire exclusif de ces ressources avant l'adoption—encore indéterminée—du Projet de déclaration. Dans ce cas, elle est remplacée par des droits de participation des autochtones «aux décisions qui détermineront dans quelle mesure leurs intérêts sont affectés par l'exercice des droits de l'État [...]»⁵⁷⁰

Une intervention de la *Commission de l'application des normes de l'Organisation internationale du Travail* a révélé la force de cette disposition. Un

⁵⁶⁵ *Id.*, art. XVIII (3).

⁵⁶⁶ *Id.*, art. XIII (4).

⁵⁶⁷ *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, préc., note 43, art. 14.

⁵⁶⁸ F. DEROCHE, préc., note 58, p. 271.

⁵⁶⁹ *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, préc., note 50, art. XVIII (4).

⁵⁷⁰ *Id.*, art. XVIII (5).

groupe de travailleurs de la Colombie s'est prévalu de la procédure de plainte prévue à la Convention⁵⁷¹ suite au comportement de leur gouvernement, accusant ce dernier d'un manquement aux standards de consultation préalable. L'acte gouvernemental en cause prévoyait pourtant la consultation des groupes autochtones avant d'approuver un projet d'exploitation d'envergure. La Commission exhorta la Colombie à harmoniser le décret existant avec les critères prévus par la Convention 169,⁵⁷² en consultation et avec la participation active des autochtones touchés.⁵⁷³ La Commission a précisé que l'obligation de consultation préalable à une exploitation des ressources d'envergure doit être rigoureuse et non superficielle.

Les normes de droit international et la jurisprudence examinées dans cette section attestent de la protection généreuse que les institutions internationales ont cherché à donner aux dimensions économique et culturelle du droit à l'autodétermination des peuples. La reconnaissance de leurs droits aux ressources naturelles de leurs territoires et du lien particulier et personnel qu'ils entretiennent avec ceux-ci contribue à renforcer les moyens essentiels à la mise en œuvre de leur autodétermination, assurant leur subsistance, leur développement et la pérennité de leur culture.

iii) La norme du consentement libre, préalable et éclairé

La norme du consentement préalable, libre et éclairé des autochtones, dont presque tous les organes institutionnels qui nous intéressent font mention, contribuerait à établir un nouveau rapport entre les autochtones et leur État. En fonction de la nouvelle approche développée par la doctrine, on peut affirmer que cette norme représente une composante importante du droit à l'autodétermination des peuples autochtones, particulièrement en complément de la reconnaissance de leurs territoires traditionnels et de l'accès aux ressources naturelles qui y sont situées.

⁵⁷¹ *Supra*, p. 26.

⁵⁷² L'article 6 (2) de la Convention 169 prévoit que Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées : *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*, 1989, préc., note 43.

⁵⁷³ CEACR: *Demande directe individuelle concernant la convention No 169, Peuples indigènes et tribaux*, 1989, Colombie (ratification: 1991) Expédition: 2001, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/newcountryframeF.htm>> (consulté le 25 avril 2007)

La dimension participative des droits culturels et territoriaux est en effet généralement entendue au sens classique de la participation démocratique aux processus décisionnels de l'État. Les intérêts des autochtones se fondent conséquemment avec ceux de la société dans son ensemble et risquent d'y être édulcorés. La norme du consentement préalable se distingue de cette conception en ce qu'elle force —dans une certaine mesure— les États à prendre en considération le point de vue des autochtones dans les politiques qui les affectent, leur donnant ainsi «un pouvoir beaucoup plus considérable que celui d'un simple droit de participation [...]»⁵⁷⁴ Elle démontre ainsi la capacité des droits de l'homme à intégrer les aspirations politiques autochtones et à contribuer à équilibrer les rapports de pouvoir entre les protagonistes concernés par ces revendications. Disposant d'un droit de regard plus ou moins contraignant sur les interventions étatiques, les peuples autochtones peuvent ainsi se rapprocher d'un contrôle sur leurs affaires internes. L'importance de cette norme est par ailleurs reflétée par l'attention croissante qu'y portent les institutions spécialisées. Un document de travail du *Groupe de travail sur les populations autochtones* des Nations Unies consacré à son étude affirmera ainsi que cette notion est largement acceptée par les institutions internationales et est soutenue par le principe général du droit à l'autodétermination.⁵⁷⁵

La Commission interaméricaine fera appel à cette norme dans les rapports particuliers des États qu'elle présente périodiquement. S. J. Anaya retient celui sur l'Équateur comme emblématique des efforts de la Commission pour attirer l'attention sur l'importance de faire respecter l'intégrité des territoires autochtones face à l'exploitation des ressources naturelles, en l'occurrence, des champs d'exploitation pétrolifère.⁵⁷⁶ Se basant sur plusieurs instruments internationaux, la Commission affirmera en premier lieu que le droit à la vie est intimement lié à l'environnement de la personne. Dans son analyse de la législation de l'Équateur, cette dernière encourage la consultation des personnes affectées par un projet d'exploitation de ressources naturelles. La Commission y explique que la

⁵⁷⁴ J. GILBERT, préc., note 3, p. 218 (ma traduction).

⁵⁷⁵ *Legal commentary on the concept of free, prior and informed consent*, Doc. N. U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, par. 33 à 36.

⁵⁷⁶ S. J. ANAYA, préc., note 52, p. 233.

consultation constitue un élément essentiel dans la protection des autochtones, étant donné que les actions sur l'environnement requièrent la participation de tous les secteurs sociaux.⁵⁷⁷

Cette norme n'est cependant pas absolue et ne constitue pas un droit de veto des autochtones sur les activités de développement économique de l'État. Elle est donc contrebalancée par les intérêts de la société dans son ensemble selon les limitations des droits territoriaux que nous avons vu. Cependant, l'arrêt *Saramaka* de 2007 souligne que dans le cas de travaux d'exploitation d'envergure, la norme du consentement libre, préalable et éclairé des autochtones, en fonction de leurs coutumes et traditions, est nécessaire.⁵⁷⁸ La Cour interaméricaine indique donc que la rigueur de cette norme est modulable selon l'ampleur des conséquences d'un projet d'exploitation territoriale sur l'intégrité culturelle d'un groupe autochtone.

L'*Observation générale n° 23* du *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* prévoit également que la préservation des activités traditionnelles en vue de protéger l'intégrité culturelle demande la participation *effective* des intéressés aux décisions qui les affectent.⁵⁷⁹ Sans mentionner clairement s'il s'agit d'une obligation de résultat, cette participation doit être réelle et être prise en compte dans la prise de décision qui s'ensuit.

La Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* prévoit également une obligation de consultation dans le cas «d'une intention du gouvernement d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources».⁵⁸⁰ Cette obligation ne concerne cependant que l'établissement de procédures de consultation; l'obtention du consentement des autochtones n'est pas obligatoire. L'article 6 précise également que les gouvernements doivent «consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers les institutions représentatives, chaque fois que

⁵⁷⁷ Voir le *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, O.A.S. Doc. OEA/Ser. L/V/II/96, Doc. 10, rev. 1 (1997), ch. VIII.

⁵⁷⁸ *Saramaka People c. Suriname*, préc., note 228, par 137.

⁵⁷⁹ *Observation générale 23, Article 27: Protection des minorités*, préc., note 120, par. 7.

⁵⁸⁰ *CI69 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, préc., note 43, art. 15 (2).

l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement»; ces consultations doivent être menées de bonne foi «en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées». Les dispositions qui prévoient l'obligation de consultation la plus rigoureuse concernent le déplacement des autochtones de leurs terres. Si un tel déplacement est nécessaire (ce qui doit être exceptionnel), il ne peut, en théorie, avoir lieu qu'avec leur consentement donné librement et en toute connaissance de cause. En théorie car, là encore, il n'existe pas d'obligation de résultat mais plutôt une contrainte processuelle. Cette dernière suppose des procédures appropriées établies par la législation nationale —et accessoirement par des enquêtes publiques— où les autochtones concernés sont représentés.⁵⁸¹

iv) La reconnaissance du droit à l'autonomie politique

Bien que le droit à l'autodétermination ne soit pas affirmé explicitement dans les instruments qui nous intéressent, une forme d'autonomie politique des autochtones est prévue par le Projet de déclaration interaméricaine et la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail*.

Ainsi, le Projet de déclaration interaméricaine affirme le droit à l'autonomie gouvernementale, à l'autonomie administrative et au contrôle des affaires internes : les peuples autochtones peuvent «déterminer librement leur statut politique» et sont par conséquent détenteurs du «droit à l'autonomie politique ou gouvernementale à l'égard de leurs affaires internes et locales».⁵⁸² Ils ont également le droit de «maintenir et développer leurs propres institutions décisionnelles».⁵⁸³ Les États doivent promouvoir la reconnaissance, à même leurs structures organisationnelles, des institutions et des pratiques traditionnelles des peuples autochtones,⁵⁸⁴ et garantir

⁵⁸¹ *Id.*, art. 16 (2).

⁵⁸² *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, préc., note 50, art. XV (1).

⁵⁸³ *Id.*, art. XV (2).

⁵⁸⁴ *Id.*, art. XVII.

que leurs systèmes juridiques internes reconnaissent la personnalité juridique aux communautés formées par les peuples autochtones.⁵⁸⁵

La Convention 169 prévoit quant à elle le droit des «peuples intéressés» par la convention «de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière», et surtout «d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique social et culturel propre».⁵⁸⁶ L'article 5 mentionne également le respect des valeurs, pratiques et institutions des peuples autochtones dans l'application des dispositions de la Convention.

Toutefois, la notion de «peuple autochtone» qui figure dans ces deux documents susmentionnés est circonscrite; elle est dépouillée du sens qu'on lui donne en droit international, c'est-à-dire l'entité politique dans laquelle réside le droit à l'autodétermination. La Convention 169 prévoit en effet que l'emploi du terme «peuples» ne peut «en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international.»⁵⁸⁷ Le Projet de déclaration interaméricaine emploie une formulation similaire dans son article de définition des peuples autochtones.⁵⁸⁸ Comme le fait remarquer Carole Hilling, si l'*Organisation internationale du Travail* peut légitimer cette approche en raison de ses pouvoirs, limités à la protection des travailleurs, l'*Organisation des États américains* est au contraire en mesure de déterminer le statut des minorités présentes dans ses États membres.⁵⁸⁹ Les limites imposées à la notion de peuple autochtone trahissent ainsi la position conservatrice de l'organisation. L'autonomie qu'elle reconnaît aux autochtones reste en conséquence fortement soumise à l'autorité de l'État.

⁵⁸⁵ *Id.*, art. IV.

⁵⁸⁶ *C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, préc., note 43, art. 7

⁵⁸⁷ *Id.*, art. 1 (3)

⁵⁸⁸ *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, préc., note 50, art. 1 (3).

⁵⁸⁹ C. HILLING, préc., note 90, p. 878.

d) Réflexions sur le développement normatif comme réponse aux revendications autochtones

Puisque l'autonomie culturelle, territoriale et politique s'incarne dans le contrôle, la participation et la consultation des autochtones sur les éléments qui composent leur identité culturelle,⁵⁹⁰ le développement jurisprudentiel relatif aux peuples autochtones par l'*Organisation des Nations Unies* et l'*Organisation des États américains* fait la démonstration d'efforts substantiels pour rattacher des notions initialement individualistes aux perceptions cosmogoniques particulières des autochtones et à l'exercice d'une forme d'autonomie politique. Il est indéniable que le paradigme philosophique et politique contesté à l'origine par les autochtones a fait l'objet de profonds changements. La conception des autochtones comme étant de simples individus se mouvant dans une société indifférenciée est entièrement rejetée par le droit international actuel. Le droit à la culture dont jouissent les autochtones est reconnu comme intimement lié à leur cosmogonie, laquelle conçoit le territoire comme une assise fondamentale. Ce territoire intriqué à leur identité échappe aux conceptions foncières imposées par un système extérieur. Ainsi, les systèmes coutumiers autochtones, issus de leur ordre juridique propre, dictent le sens de la mise en œuvre des politiques locales.

Les interprétations des droits initialement individuels vont injecter une dimension collective et promouvoir la reconnaissance d'une certaine autonomie politique des autochtones, notamment à travers une reconnaissance de leur pouvoir de détermination de leur identité et de leurs membres. Cependant, si nous appréhendons cette jurisprudence comme une reconnaissance des éléments qui composent le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, les limites intrinsèques de ces instruments juridiques en freinent la portée. Le droit des autochtones à leur culture et à leurs territoires, bien qu'il implique une forme de contrôle collectif, semble se limiter au fondement de la protection elle-même, soit la préservation d'une intégrité culturelle et territoriale définie par des éléments identitaires «traditionnels». En outre, ce droit est assujéti aux intérêts de l'État ou de la société dans son ensemble, lesquels ne sont que partiellement restreints dans leurs activités pouvant toucher à la vie des autochtones.

⁵⁹⁰ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 215.

Cette approche se reflète également dans les dispositions relatives à l'autonomie culturelle et aux droits territoriaux des instruments juridiques spécifiquement conçus pour les autochtones, soit la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail* et le *Projet de déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*. Cependant ces instruments, de par leur objet spécifique, ont permis à leurs concepteurs d'aborder plus explicitement les concepts d'autonomie gouvernementale et administrative des peuples autochtones. Là encore ces concepts récusent leur corrélation avec le droit à l'autodétermination des peuples et se limitent aux activités locales, lesquelles semblent liées à une conception traditionaliste du mode de vie autochtone. La Convention 169, le seul instrument créateur d'obligations juridiques, est par ailleurs le plus timide quant à cette autonomie, exerçable «autant que possible» dans le cadre du système juridique dominant.

En comparant la progression des instruments de protection à caractère universel à ceux se dédiant spécifiquement aux autochtones, une tendance se démarque, tendance qui nous permet d'apercevoir les tensions politiques qui sous-tendent leurs évolutions normatives respectives.

En effet, bien que n'offrant que peu de latitude pour répondre aux revendications autochtones, les instruments à caractère universel, comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ainsi que ceux à caractère régional, comme la *Convention interaméricaine sur les droits de l'homme*, sont l'objet d'une riche activité jurisprudentielle. Les instruments spécialisés sont quant à eux l'objet de pénibles débats ralentissant leur élaboration, comme le *Projet de déclaration interaméricaine*, ou ne bénéficient que de très peu de support par la communauté des États, dans le cas de la Convention 169.

Cette tendance révèle la confrontation fondamentale des revendications autochtones à caractère politique avec la souveraineté étatique. C'est donc, d'une certaine manière, par le biais de l'interprétation des droits individuels que la contribution normative aux revendications autochtones est la plus grande. Les organes chargés de leur surveillance et de leur interprétation ont en effet beaucoup

plus d'impact dans le développement du droit international. Désignés par la communauté internationale comme les gardiens et les interprètes de leurs instruments, le sens qu'ils insufflent aux normes dont ils ont la charge fait autorité. Les limites intrinsèques des dispositions de leur instrument, de nature individualiste et indifférenciée, juxtées aux limites de leurs compétences ne permettent cependant pas de satisfaire entièrement la facette politique des revendications autochtones.⁵⁹¹

Ainsi, malgré les problèmes qui s'y attachent, les lacunes des documents généraux, comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme* confirment la nécessité des instruments spécifiques aux autochtones, aptes à développer leurs droits et poser les jalons d'une nouvelle relation sociale. Le système des Nations Unies s'est révélé être une tribune efficace pour les autochtones, leur accordant de plus en plus d'espace institutionnel où ils peuvent faire valoir leurs intérêts envers les États. Le travail interprétatif réalisé par les organes de traité a permis de sonder les questions fondamentales soulevées par les droits autochtones et de contribuer à leur compréhension. Ce dernier dévoile l'importance fondamentale, pour les autochtones, de bénéficier d'une autonomie en matière de culture, de territoire et d'institutions politiques afin que leur vision du monde soit respectée et protégée. La création d'une Déclaration universelle est cependant incontestablement plus importante : elle représente le consensus de la communauté internationale sur les normes fondamentales dont doivent bénéficier les autochtones.

⁵⁹¹ Par exemple, le *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* refuse systématiquement l'admission des plaintes autochtones en vertu de leur droit à l'autodétermination : rappelons le cas des plaignants de l'affaire *Ominayak* qui ont déposé leur communication en vertu de l'article premier du Pacte, laquelle fut reformulée par le Comité pour lui permettre de fonder ses conclusions sur l'article 27 : *supra*, p. 36. Une requête de la Mikmaq Tribal Society, alléguant une violation du même article en 1980, fut également refusée pour les mêmes raisons : *Mikmaq tribal Society c. Canada*, Communication n° 78/1980, *Rapport du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies*, U.N. GAOR. 39eme Sess., Supp. n° 40.

3) Une analyse de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones*, dont nous avons repoussé l'analyse à cette dernière section, peut nous éclairer sur la portée de cette nouvelle approche relative au droit à l'autodétermination. Nous allons tenter de voir comment cet instrument, le plus avancé en matière de droits des autochtones au niveau international, fait usage des fondements identitaires et normatifs des peuples autochtones et surtout dans quelle mesure il conçoit leur droit à l'autodétermination.

a) Genèse et parachèvement de la Déclaration

Le processus de création de la Déclaration ainsi que le contexte politique dans lequel ce processus s'est déroulé peut nous éclairer grandement sur le sens des normes de cet instrument. En effet, bien que ces contextes soient utiles pour toute analyse législative —tout spécialement au niveau international—⁵⁹², ils sont particulièrement importants dans le cas de la Déclaration. Cette importance s'explique par la nature même de l'instrument analysé, lequel s'exprime en termes très généraux afin de conserver une portée universelle.

i) La première proposition par le Groupe de travail sur les populations autochtones.

La genèse de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* se distingue des autres instruments spécialisés que nous avons examinés en raison de la contribution exceptionnelle de ses bénéficiaires à son élaboration. On peut retracer cette contribution autochtone dès avant la création du *Groupe de travail sur les populations autochtones* en 1982. À l'occasion de la *Conférence des organisations non gouvernementales des Nations Unies* de 1977, intitulée *Discrimination Against Indigenous Peoples in the Americas* et organisée en grande partie par les peuples autochtones, ces derniers ont proposé une déclaration de principes vouée à leur

⁵⁹² Voir *supra*, p. 21.

sauvegarde et leur protection.⁵⁹³ Cette déclaration reflète un large consensus au sein des communautés autochtones du continent américain⁵⁹⁴ et constitue la première proposition autochtone d'un instrument de protection de leurs cultures et territoires à caractère universel. Ses créateurs y prônent une nouvelle relation avec les États fondée sur la reconnaissance de la souveraineté des peuples autochtones.⁵⁹⁵

Cette ouverture des Nations Unies à la voix des autochtones s'est poursuivie dans le cadre des travaux du *Groupe de travail sur les populations autochtones*.⁵⁹⁶ Ce dernier, situé tout au bas de l'échelle institutionnelle des Nations Unies,⁵⁹⁷ préparera l'un des instruments universels les plus débattus de son histoire. Profitant de l'expérience acquise à l'occasion de son mandat de révision et de clarification des standards s'appliquant aux autochtones, le Groupe de travail décide dès sa quatrième session, en 1985, d'élaborer un Projet de déclaration universelle sur les droits autochtones.⁵⁹⁸ Il commence ses travaux en déterminant une série de principes de base. Ces derniers seront essentiellement axés sur la jouissance des droits de l'homme et sur la protection de la culture et l'identité autochtone.⁵⁹⁹ Comme le remarque Thornberry, ces principes contrastent avec les revendications autochtones. Ainsi, par exemple, le *Conseil mondial des peuples autochtones*, une organisation non-gouvernementale qui succède en quelque sorte à la Conférence mondiale de

⁵⁹³ *Declaration of Principles for the Defense of Indigenous Peoples of the Indigenous Nations and Peoples of the Western Hemisphere*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/476/Add.5, Annexe 4 (1981)

⁵⁹⁴ La Déclaration en question a été préalablement mise en circulation parmi les communautés autochtones : Robert T. COULTER, «The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: What is it? What Does it Mean?» (1995) 13 (2) *Netherlands quarterly of human rights* 123, 124.

⁵⁹⁵ La Déclaration de principes affirme certains droits fondamentaux revendiqués par les autochtones, incluant l'autodétermination et la protection environnementale, et implore les États de reconnaître les nations autochtones comme étant des entités gouvernementales distinctes aptes à entrer en relation avec d'autres États.

⁵⁹⁶ Autorisé par une résolution du *Conseil économique et social* : préc., note 33. Rappelons que le fonctionnement interne et les contributions du Groupe de travail autres que le Projet de déclaration sont exposés au chapitre I : *supra*, p. 44.

⁵⁹⁷ J. Y. HENDERSON, préc., note 45, p. 41.

⁵⁹⁸ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40.

⁵⁹⁹ Doc. N.U. E/CN.4/Sub. 2/1985/2, Annexe II. Les sept principes sont: le droit à la jouissance pleine et effective des droits de l'homme, le droit à l'égalité et la non-discrimination, le droit collectif à l'existence, à la protection contre le génocide, le droit individuel à la vie, le droit à la pratique des cérémonies religieuses et à l'accès aux sites sacrés, le droit à l'éducation, le droit à la préservation de l'identité culturelle et le droit à la promotion de l'information interculturelle.

1977, propose un projet de déclaration qui, quant à lui, est entièrement centré sur l'autodétermination des peuples autochtones.⁶⁰⁰

L'apport des autochtones au processus de rédaction du Projet sera massif dès le départ, grâce à un grand enthousiasme exprimé par les intervenants.⁶⁰¹ Ainsi, même si les membres officiels du groupe sont des experts de l'*Organisation des Nations Unies* et que les intervenants sont des représentants des États, le Groupe de travail est sensible à l'opinion des autochtones et élabore des règles de participation flexibles.⁶⁰² Cette participation se décuplera au fil des sessions de travail : le nombre d'organisations autochtones participantes passera de 14 à 70 entre le début et la fin des travaux du Groupe de travail et rassemblera jusqu'à 2500 délégués.⁶⁰³ Plusieurs organisations autochtones, soucieuses d'une contribution effective des autochtones aux activités du Groupe de travail, ont élaboré des rencontres préparatoires précédant ces réunions afin de maximiser leur impact. À la suite de ces premiers travaux, le président du Groupe de travail a rédigé les premières versions du Projet de déclaration. Bien qu'ils aient été conçus à huis clos par les 5 membres-experts du Groupe de travail, ces textes seront soumis à deux lectures par les participants à l'assemblée plénière de 1989 et de 1993. La version finale du texte sera approuvée à la onzième session du groupe.⁶⁰⁴ Le résultat de ce dialogue tripartite entre experts des droits de l'homme, États et peuples autochtones, échelonné sur 11 années de travail, va permettre aux différents acteurs du Projet de déclaration de confronter leurs points de vue et leurs aspirations :

⁶⁰⁰ P. THORNBERY, préc., note 512, p. 372. Cette organisation est décrite dans le chapitre I: *supra*, p. 15.

⁶⁰¹ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 102.

⁶⁰² Pour plus de détails concernant la composition du Groupe de travail et la participation des intervenants gouvernementaux et non-gouvernementaux, voir *supra*, p. 44.

⁶⁰³ J. Y. HENDERSON, préc., note 45, p. 47. Le nombre d'organisations non gouvernementales est également démonstratif de l'inclusion d'organisations traditionnellement exclues du processus de rédaction d'un instrument international : de 31 ONG participantes en 1982, il augmente à 279 en 1995 et 306 en 1998 : *Information on achievements of the Working Group: Note by the Secretariat*, Doc N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/CRP.1, 30 juin 2006, annexe II.

⁶⁰⁴ Doc. N.U. E/CN.4/1993/29, annexe I.

The drafts did not represent the view point of human rights experts, nation-states, or indigenous peoples : they were, instead, a unique convergence of these perspectives.⁶⁰⁵

La longueur du projet de déclaration adopté, doté de 19 paragraphes dans son préambule et de 45 articles, témoigne des efforts de ses créateurs pour embrasser les diverses revendications et préoccupations présentées par les intervenants tout au long de sa rédaction.⁶⁰⁶ Le texte du projet sera ensuite soumis à la *Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme*, l'organe parent du Groupe de travail, qui l'adopte le 26 août 1994.⁶⁰⁷ Les représentants autochtones, tout en y joignant leurs commentaires, vont également faire état de ce qui deviendra l'objectif principal des années à venir : préserver l'intégrité du texte jusqu'à son adoption.⁶⁰⁸ Il s'agira en effet pour les autochtones de tenter de sauvegarder des normes qu'ils considèrent comme fondamentales au cours du processus de révision par les États qui composeront le comité de révision du Projet de déclaration.⁶⁰⁹ Les représentants autochtones bénéficient cependant d'une solide expérience politique, développée au cours des travaux du Groupe de travail où ils sont parvenus à faire front commun et à offrir une position unifiée autour du principe de l'autodétermination.⁶¹⁰ Ils poursuivront ces efforts avec la même intensité au prochain palier institutionnel. Cependant, rallier les États à ce texte innovateur constitue un défi de taille, comme le commente Mme Daes peu après l'adoption du Projet de déclaration : « More is at stake, economically and politically, in this Draft Declaration than perhaps any other

⁶⁰⁵ J. Y. HENDERSON, préc., note 45, p. 51.

⁶⁰⁶ J. BURGER, «The United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», (1996) 9 *St. Thom L. Rev.* 209, 210.

⁶⁰⁷ Déc. CDH 1994/2, Doc. Off. CDH NU, 1994, Supp.1, Doc. NU E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1 (suivant une révision technique par le Secrétariat).

⁶⁰⁸ *Commentaires du Inuit Circumpolar Conference, 12^e session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, 25 juillet 1994. Cité dans Sarah PRITCHARD, *Setting International Standards: An Analysis of the United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, New South Wales, Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, 1998, p. 2 et ss.

⁶⁰⁹ Ce qu'ils réitéreront tout au long des débats au sein du Groupe de travail : *Report on the Working Group established in accordance with Commission on Human Rights Resolution, 1995/32 of 3 march 1995*, Doc. N. U. E/CN.4/1996/84, par. 25.

⁶¹⁰ D. SAMBO DOROUGH, préc., note 90, p. 47.

human rights instrument submitted for the Commission on Human Rights of approval since the International Covenants of Human Rights. »⁶¹¹

ii) Le Groupe de travail sur le projet de déclaration

Le groupe de travail est créé en 1995 par la *Commission des droits de l'homme*⁶¹² à la suite de pressions des États membres, ces derniers étant soucieux de contribuer substantiellement au contenu de la Déclaration,⁶¹³ et prend une forme dite «inter-sessions» non limitées. Le mandat de ce groupe est de procéder à des négociations intergouvernementales à partir du document préparé par le Groupe de travail. L'adoption du document final par l'Assemblée générale était prévue avant la fin de la décennie internationale sur les peuples autochtones, soit en 2004.⁶¹⁴ Malgré la présence importante d'organisations autochtones dès le départ,⁶¹⁵ le problème de leur participation au débat et de la forme que devait prendre le déroulement des travaux est à l'origine de nombreuses confrontations entre États et autochtones. Les premières sessions du groupe de travail serviront essentiellement à établir un équilibre entre ces acteurs. Généralement, les organisations non gouvernementales ne sont pas admises dans les groupes de travail de la Commission, à moins de bénéficier d'un statut consultatif délivré par le *Conseil économique et social*. Ce statut ne permet cependant pas de soumettre des propositions formelles durant les sessions de révision.⁶¹⁶ Il faudra donc élaborer des règles de procédure flexibles et ouvertes permettant un niveau de participation autochtone qui rende cet exercice de création normative légitime. L'objectif sera donc d'en arriver à un consensus entre les parties. Les résolutions 49/214 et 1995/32 de la Commission vont fortement encourager la

⁶¹¹ E.-I. DAES, «Dilemmas posed by the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (1994) 63 *Nordic J. Int'l L.* 205, 211.

⁶¹² Par une résolution de la *Commission des droits de l'homme* : Doc. N.U., Rés. CDH 1995/32.

⁶¹³ J. Y. HENDERSON, préc., note 45, p. 67. La création du Groupe de travail sur le projet de déclaration n'aurait pas été obligatoire selon l'auteur. Henderson affirme que la révision technique du projet de déclaration par la *Sous-commission des droits de l'homme* concluait à la compatibilité du texte avec le droit international et pouvait donc être directement soumis pour adoption à l'Assemblée générale.

⁶¹⁴ Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1994/56, par. 105. Voir également Doc. N.U. A/RES/49/214, par. 5.

⁶¹⁵ 61 gouvernements contre 64 organisations non gouvernementales et autochtones. S. PRITCHARD, préc., note 608, p. 9.

⁶¹⁶ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 103.

participation des organisations autochtones,⁶¹⁷ bien que leur mise en candidature doive se faire en consultant les gouvernements participants du groupe de travail. Plusieurs organisations autochtones obtiendront un poids quasi-égal aux États au sein du Groupe de travail sur le projet de déclaration.⁶¹⁸

Cette ouverture ne suffira cependant pas à harmoniser le débat et à éviter les écueils procéduraux qui vont miner l'avancement du Projet de déclaration. Les modalités de participation des autochtones ne furent jamais formellement définies par la Commission des droits de l'homme. Trois types de réunions vont se déployer en conséquence; une formelle et deux informelles, auxquelles s'ajoutent des réunions extra-onusiennes des groupes autochtones et des États. Ces dernières seront menées à huis clos. Chaque groupe y développera différentes stratégies de négociation qu'ils mettront à l'œuvre lors des réunions formelles.⁶¹⁹ Les États, par exemple, proposeront une version entièrement révisée de la Déclaration.

Quatre groupes d'acteurs se sont distingués au cours des négociations et l'évolution de leurs positions respectives aura un impact déterminant sur le contenu et l'adoption de la Déclaration : le groupe latino-américain (GRULAC), le groupe scandinave, le caucus autochtone et surtout le CANZUS (le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis).⁶²⁰ On attribue de façon générale aux trois premiers groupes une position favorable au texte proposé par la Sous-commission et au dernier une position inverse, proposant des modifications substantielles du texte et assumant en conséquence un rôle très actif au sein du Groupe de travail.

⁶¹⁷ Doc. N.U. A/RES/49/214 et Doc. N.U. A/RES/1995/32. La première, qui prévoit la proclamation de la *Décennie internationale des peuples autochtones*, établit à l'alinéa 16 de son préambule que «les populations autochtones peuvent apporter leur contribution propre au progrès de l'humanité et devraient avoir la possibilité de le faire dans le cadre de mécanismes appropriés» puis, au paragraphe 5, que l'examen du Projet de déclaration doit se faire «avec la participation de représentants des populations autochtones, selon des procédures appropriées qui seront définies par la *Commission des droits de l'homme*.» La deuxième, qui concerne la création du groupe de travail sur la déclaration, invite en son par. 4 «les organisations de populations autochtones non dotées du statut consultatif auprès du *Conseil économique et social* qui souhaiteraient participer aux travaux du groupe de travail à en faire la demande.»

⁶¹⁸ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 103.

⁶¹⁹ D. SAMBO DOROUGH, préc., note 90, p. 56. Les États, par exemple, ont préparé une version entièrement révisée de la Déclaration durant ces réunions et la proposeront lors d'une réunion formelle subséquente.

⁶²⁰ M. LÉGER, préc., note 154, p. 147 et suiv.

Ces positions persisteront jusqu'en 2004 et vont faire en sorte que le processus d'adoption avancera à pas de souris : à cette date seulement deux articles auront été adoptés par consensus. Ce sont par ailleurs les seuls articles du texte de la Sous-commission qui ne comprennent pas le terme «peuple».⁶²¹

Les progrès enregistrés entre la 5^{ème} et la 10^{ème} session du Groupe de travail sur le projet de déclaration démontrent cependant que l'on se rapproche du but. Il s'agissait en effet, selon le Président-rapporteur du Groupe de travail, d'unifier la position des États afin de permettre un dialogue bipartite entre ces derniers et le caucus autochtone. Vers la 10^{ème} session de travail, en 2004, les articles proposés par les groupes étatiques, très similaires entre eux, témoignent d'une atténuation de leurs divergences et permettent d'entrevoir la possibilité de finaliser le document.⁶²² Comme nous le verrons maintenant, l'urgence de conclure jointe à une conjoncture propice expliquent cet assouplissement des positions étatiques.

iii) Le point d'équilibre : l'adoption de la Déclaration par le Conseil des droits de l'homme et par l'Assemblée générale des Nations Unies

Les débats sur la Déclaration vont tendre vers un consensus au moment où s'achève la *Décennie internationale sur les populations autochtones*, en 2004. L'adoption de la Déclaration devant couronner cette dernière, un sentiment d'urgence gagna les négociateurs. Plusieurs initiatives seront donc amorcées pour secouer les positions des acteurs.

Des ouvertures vont être faites de part et d'autre : le caucus autochtone se montrera pour la première fois ouvert à l'inclusion de clauses interprétatives des articles concernant les droits territoriaux et à l'autodétermination. En conséquence, la moitié des articles seront approuvés par consensus à la fin de 2004. On doit

⁶²¹ Articles 5 et 43 du texte de la Sous-commission, Déc. CDH 1994/2, Doc. Off. CDH NU, 1994, Supp.1, Doc. NU E/CN.4/sub.2/1994/2/Add. 1. Voir Luis Enrique CHÁVEZ, «The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Breaking the *Impasse*: the Middle Ground», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), préc., note 32, p. 96, à la page 100.

⁶²² L. E. CHÁVEZ, préc., note 621, à la page 101 et 102.

cependant la réussite de l'adoption du projet par le *Conseil des droits de l'homme* à une conjoncture d'évènements politiques.

Un remaniement des méthodes de travail aux 10^{èmes} et 11^{èmes} sessions du Groupe de travail a d'abord contribué à des négociations fertiles. Cette restructuration permettra aux autochtones de participer à l'organisation des débats. Les thèmes couverts par la Déclaration, en résultante de ce remaniement, seront débattus par des sous-groupes afin d'isoler les points litigieux et d'y concentrer les efforts de négociation.

À la fin de 2004, une nouvelle occasion pour débloquent les positions se présente grâce au groupe scandinave. Ce dernier propose un texte alternatif au Projet de déclaration, auquel se rallie la Nouvelle-Zélande. Cela aura pour effet de désorganiser la position du CANZUS, dont les opinions communes avaient généralement pour effet d'éterniser les débats. La brèche ouverte permet le passage du Projet de déclaration devant le *Conseil des droits de l'homme* en 2006. Ce dernier vient d'entrer en fonction et remplace la discréditée *Commission des droits de l'homme*, jugée souvent inefficace dans la protection des droits de l'homme. Le nouveau Conseil est doté de nombreuses améliorations organisationnelles. Il est notamment de rang institutionnel supérieur (étant un organe subsidiaire de l'Assemblée générale).⁶²³ De plus, parmi ses membres en 2006, seul le Canada fait partie du CANZUS, limitant ainsi l'influence de ce dernier. De plus, le président du Conseil est originaire du Mexique. Ce pays a adopté le texte de la Sous-commission en 2002 et, suite à un changement d'orientation politique désormais nettement favorable au projet, va encourager un dialogue constructif par une multitude de moyens à compter de cette date.⁶²⁴ La pression exercée par le développement

⁶²³ Rés. AG A/60/L.48, 20 mars 2006, al. 1. L'alinéa 4 spécifie que « le Conseil se référera aux principes d'universalité, d'impartialité, d'objectivité et de non-sélectivité, du dialogue et de la coopération constructifs». Cette résolution mandate également le Conseil de «procéder à un examen périodique universel, [...] du respect par chaque État de ses obligations et engagements en matière de droits de l'homme de façon à garantir l'universalité de son action et l'égalité de traitement de tous les États» (al. 5 e).

⁶²⁴ Le principal étant la création d'un atelier parallèle en 2005, l'*Atelier de travail de Pátzcuaro*, en collaboration avec le *Haut-Commissariat des droits de l'homme* et les organisations autochtones. Cet atelier qui abordera principalement les articles encore débattus. Ces ateliers se dérouleront sous la direction de la nouvelle représentante des affaires étrangères du Mexique, Marie-Claire Acosta.

institutionnel favorable aux autochtones contribuera également à la précipitation des négociations.

Le texte adopté par le *Conseil des droits de l'homme* n'est cependant ni celui qui est proposé par le groupe scandinave ni celui, tant débattu, de la Sous-commission. Confronté à une impasse dans les négociations, le président du Groupe de travail sur le projet de déclaration, Luis Enrique Chávez, pris sur lui de rédiger les articles non adoptés par consensus en y intégrant, sous forme de compromis, les différentes positions présentées au cours des débats du groupe, tout en promettant de ne pas soumettre le texte final au Conseil avant d'avoir reçu l'assentiment des autochtones. En exprimant certaines inquiétudes face à cette façon de faire, le caucus autochtone finira par se rallier au texte du président, craignant un retour à la table des négociations.

C'est donc un texte constituant le «point d'équilibre» du Groupe de travail qui sera étudié par le *Conseil des droits de l'homme* durant sa première session, en 2006.⁶²⁵ Cet équilibre sera atteint grâce à certaines modifications importantes qui mettent en lumière les enjeux du débat. Par exemple, l'une des difficultés importantes soulevées par la Déclaration concerne les droits à caractère collectif qui y sont prévus et leur impact potentiel sur les droits individuels. Par rapport aux droits à la terre, aux ressources et au principe d'autodétermination, qui sont les pierres d'achoppement majeures du texte, les différends seront résolus sous la plume du président Chávez qui tentera de satisfaire les États sans pour autant compromettre l'intention initiale des dispositions pertinentes.

L'adoption du Projet de déclaration fait partie des premiers travaux du *Conseil des droits de l'homme* entré en fonction en mars 2006. Les partisans du projet ont cherché à obtenir des États membres siégeant au Conseil un large support pour le Projet de déclaration afin d'obtenir une adoption par consensus, ainsi qu'une recommandation pour que ce dernier soit adopté de manière définitive par l'Assemblée générale siégeant en plénière dès la session d'automne 2006. Mettant fin au espoir d'une adoption par consensus, le Canada réclama la tenue d'un vote. Ce

⁶²⁵ Voir L. E. CHAVEZ, préc., note 621.

vote va néanmoins refléter les efforts qui auront été déployés par les défenseurs du projet : sur 47 États membres au *Conseil des droits de l'homme*, 30 vont voter en faveur et seulement 2 contre, soit le Canada et la Russie.⁶²⁶

Parallèlement à cette adoption par le Conseil, un débat sur le statut du nouveau *Conseil des droits de l'homme* à l'*Assemblée générale des Nations Unies* aura pour effet de transférer les instruments prêts pour adoption émanant du Conseil à la *Troisième commission des Nations Unies* —qui traite des questions sociales, humanitaires et culturelles de l'Assemblée générale. À la demande de la Namibie, la résolution recommandant l'adoption du document par l'Assemblée générale fut amendée durant son passage devant la Troisième commission. Le vote prévu à l'automne 2006 fut donc reporté pour permettre des consultations supplémentaires.⁶²⁷

Cette période de consultation intensive, qui s'échelonne sur une dizaine de mois, va mener à quelques modifications importantes —que devra entériner le caucus autochtone— afin de s'assurer de l'appui du groupe des États africains ainsi que du Canada, de la Russie et de la Colombie.⁶²⁸ Neuf modifications substantielles seront en conséquence adoptées. La principale consiste en l'ajout d'une clause limitative de la Déclaration qui prévoit le respect de la *Charte des Nations Unies*, des droits de l'homme existants et qui garantit que l'interprétation de la Déclaration doit être conforme aux principes de justice, de démocratie, d'égalité et de non-discrimination.⁶²⁹

Ce fut la dernière concession avant le passage du projet de déclaration à l'*Assemblée Générale des Nations Unies*. Ce dernier eut lieu le 13 septembre 2007 et mena avec succès à l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.⁶³⁰ Bien que le vote d'adoption de la Déclaration ait reçu un vaste appui, avec 144 votes pour, il n'obtint pas l'assentiment de 4 États fort

⁶²⁶ Rés. CoDH 2006/2, Doc. NU E/CN.4/2006/79

⁶²⁷ Résolution 61/178 de l'Assemblée Générale.

⁶²⁸ M. LÉGER, préc., note 154, p. 151.

⁶²⁹ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, art. 46. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette disposition plus loin : *infra*, p. 197.

⁶³⁰ *Résolution des Nations Unies A/RES/61/295*, le 2 octobre 2007.

importants, soit ceux du CANZUS. Parmi les 11 États s'étant abstenus, mentionnons la Fédération de Russie et la Colombie.

L'opposition des quatre pays du CANZUS fera cependant long feu. Suite au déploiement concerté de moyens de pressions divers, provenant à la fois des institutions internationales et des organismes locaux, tous ces pays ont révisé leur position. L'Australie adoptera la Déclaration en avril 2009, suivie par la Nouvelle-Zélande en avril 2010. Après avoir annoncé la révision de leur position à l'occasion de la neuvième session de l'*Instance permanente sur les questions autochtones*,⁶³¹ le Canada et les États-Unis vont finalement adopter la Déclaration durant la même année, respectivement en novembre et en décembre 2010. Le Canada précisera cependant que cette adoption se fera dans le respect de son droit interne. Le long chemin parcouru depuis la genèse de cet instrument controversé, s'étalant sur plus de 25 ans, touche donc à sa fin, du moins en ce qui concerne sa reconnaissance en tant qu'instrument légitime.

b) Le contenu de la Déclaration

L'ampleur des débats qui ont entouré le contenu de la Déclaration démontre la controverse que ce dernier suscite parmi les acteurs du droit international. Cette controverse est accentuée par le statut juridique de la Déclaration elle-même. Une déclaration, en droit international, n'impose pas de contrainte juridique aux États : une personne ne pourrait pas poursuivre devant les tribunaux un État ne respectant pas la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, même si ce dernier y a adhéré. À l'instar des proclamations et des recommandations, elle ne fonde sa valeur juridique que sur sa reconnaissance et son acceptation par le plus grand nombre possible d'États. Cependant, une déclaration pourrait posséder plus qu'une force morale en droit. En effet, plusieurs déclarations non-contraignantes ont été reconnues comme étant des codifications écrites du droit coutumier –et donc créatrices d'obligations qui lient les États.⁶³² Même en l'absence d'une telle intention de codification, une déclaration représente le consensus des États concernés à un moment donné. Ce consensus constitue une base à partir de laquelle se

⁶³¹ *Instance permanente sur les questions autochtones. Rapport sur les travaux de la neuvième session (19-30 avril 2010)*, Doc. N.U. E/C.19/2010/15, Supp. 23, par. 16.

⁶³² W. SCHABAS, préc., note 59, p.32.

développeront les normes futures : les normes contenues dans la Déclaration sont donc un potentiel *lex ferenda*, un droit en devenir appelé à être consacré dans un instrument conventionnel.⁶³³

La résistance déployée par les États durant le processus de création de cette Déclaration—qui fait partie des instruments les moins contraignants en droit international—est singulière. Cela pourrait porter à croire que la Déclaration offre un corpus normatif inédit en droit international et reconnaît des droits qui ont une portée considérable au sein des États, peut-être même au point de rétablir les paramètres de l'organisation politique nationale en faveur des autochtones. Cet ultime objectif réclamé par nombre d'activistes autochtones, lequel s'appuie essentiellement sur le droit à l'autodétermination, constitue l'objet de l'analyse qui suit.⁶³⁴

i) Les principes généraux de la Déclaration

La *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* constitue le socle des droits fondamentaux des autochtones, puisqu'elle est, à ce jour, le seul instrument à portée universelle établissant un bassin de normes de référence, desquelles découleront le développement normatif futur relatif aux autochtones. On peut considérer la partie opérationnelle de la Déclaration, c'est-à-dire celle suivant le préambule, comme étant composée de sept parties. Les cinq premières sont thématiques et abordent successivement les principes généraux du droit à l'autodétermination, les droits culturels, les droits relatifs à leur interaction avec l'État, les droits territoriaux et les droits relatifs à leur autonomie. S'ensuivent deux parties finales qui prévoient la mise en œuvre de ces normes et certains principes guidant leur interprétation.

Les défenseurs de cet instrument insistent sur le fait qu'elle ne crée pas de nouveau type de droit substantiel dont ne disposeraient pas déjà tous les autres peuples du monde. L'article premier de la Déclaration indique en effet que son

⁶³³ J. COMBACAU et S. SUR, préc., note 63, p. 347.

⁶³⁴ Pour faciliter la compréhension du lecteur, le texte de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones des Nations Unies* est reproduit en annexe du mémoire.

contenu se fonde sur des normes internationales préétablies.⁶³⁵ Cette position est soutenue par S. J. Anaya. Ainsi, les droits culturels et territoriaux prévus dans la Déclaration découleraient des principes fondamentaux que sont l'égalité et la non-discrimination, à l'instar de la thèse défendue par l'auteur.⁶³⁶ Un article de Luis Rodríguez-Piñero Royo confirme cette approche en repérant des articles semblables à presque tous ceux de la Déclaration dans d'autres instruments existants, notamment la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail*, les deux Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme, la *Convention sur les droits de l'enfant* et la *Convention sur l'élimination de la discrimination envers les femmes*.⁶³⁷ Notre examen du développement normatif qui précède la Déclaration confirme également cette position : il ressort clairement de notre analyse que l'origine des droits spécifiques aux autochtones ne provient pas d'un vacuum juridique mais bien d'une évolution de normes préexistantes.

La particularité de cet instrument tient au fait qu'il rassemble ces normes dans un texte consacré à la situation spécifique des autochtones. Le caractère novateur de la Déclaration est lié à son statut juridique et politique qui en font un outil et un symbole puissants. Ce document cherche à cristalliser les normes relatives aux autochtones existantes en droit international, développées par des organes disposant d'une autorité moins forte, pour en faire un socle inébranlable.⁶³⁸ L'Instance Permanente sur les questions autochtones a souligné en ce sens la particularité du processus de création de la Déclaration, unique en son genre. L'historique de son processus d'adoption démontre qu'elle fut conçue avec le concours et la participation assidue de ses bénéficiaires. Cette particularité processuelle qui rassembla les points de vue d'acteurs de tous les horizons renforce sa légitimité :

⁶³⁵ Il se lit comme suit : «Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme.»

⁶³⁶ S. J. ANAYA, «The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), préc., note 32, p. 184, à la page 193.

⁶³⁷ Luis RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «“Where Appropriate” : Monitoring/Implementing of Indigenous Peoples' Rights Under the Declaration», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), préc., note 32, p. 314.

⁶³⁸ S. PRITCHARD, préc., note 608, p. 18. C'est pourquoi plusieurs intervenants ont accolé à l'instrument le qualificatif de «plancher» et non de «plafond» des revendications et aspirations des autochtones.

As the most authoritative expression of this consensus, the Declaration provides a framework of action towards the full protection and implementation of these rights.⁶³⁹

Cela nous éclaire sur son rôle global qui consiste à établir un cadre pour le développement et l'implantation des droits autochtones au niveau local.

Cet instrument non obligatoire bénéficie est par ailleurs de certains mécanismes de suivi et de surveillance institutionnelle.⁶⁴⁰ *L'Instance Permanente sur les questions autochtones* est désignée par l'article 42 de la Déclaration comme responsable de son application.⁶⁴¹ Le Rapporteur spécial sur les populations autochtones se verra également confier le rôle de contribuer au respect de la Déclaration et promouvoir son implantation nationale.⁶⁴² Le *Mécanisme d'experts sur les droits autochtones*, bien que son rôle soit limité à des questions juridiques théoriques, peut participer à l'interprétation des droits prévus par la Déclaration.⁶⁴³ L'autorité politique de la Déclaration se trouve renforcée par la présence de ces organes. Cela confirme son importance en tant qu'instrument juridique, tout facultatif soit-il au regard du droit positif.

Bien que la préexistence des normes affirmées par la Déclaration ait été défendue avec insistance, apprécier ces dernières comme de simples reproductions de ce qui existe actuellement en droit international serait réducteur. Le processus

⁶³⁹ *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people[s], S. James Anaya : The Human Rights of Indigenous Peoples, in Light of the New Declaration, and the Challenge of Making them Operative*, préc., note 169.

⁶⁴⁰ Le mandat dont est chargé l'Instance permanente ainsi que ses pouvoirs sont cependant moins clairs que dans le cas des organes de surveillance conventionnels. Ainsi, rien n'est prévu dans sa Charte constitutive à propos des mécanismes de mise en œuvre et de surveillance. Son autorité à ce sujet est donc moins claire et sujette à diverses interprétations, variant de celui d'un rôle de médiateur entre les Nations Unies et les États à celui d'un organe produisant des recommandations aux agences internationales et au Conseil économique et social : L. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, préc., note 606, à la page 335.

⁶⁴¹ Le mandat de l'Instance permanente est expliqué dans la section consacrée à cet organe : *supra*, p. 46.

⁶⁴² L. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, préc., note 637, à la page 314 et 330. L'usage de la Déclaration comme instrument de référence dans les travaux du Rapporteur Spécial a été spécifié par le Comité des Droits de l'homme en 2007, par la Résolution 6/12 : *Rapport du Comité des Droits de l'homme à sa sixième session*, Doc. N.U. A/HRC/6/22, 14 avril 2008, par. 27.

⁶⁴³ L. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, préc., note 637, à la page 334. Pour une description du rôle de ce mécanisme, voir *supra*, p. 52.

d'élaboration de la Déclaration fut l'occasion de renforcer et de préciser le sens et la portée de ces normes. Une analyse de ce processus nous permettra d'examiner comment les concepteurs de la Déclaration ont tenté de répondre aux tensions théoriques provoquées par les dimensions historiques, culturelles et surtout politiques des revendications autochtones.

ii) L'identification des bénéficiaires

La Déclaration n'offre pas de définition à proprement parler des peuples autochtones.⁶⁴⁴ Contrairement à la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail*, elle se garde de poser des balises identitaires fondées sur des critères historiques.⁶⁴⁵ Comme le souligne Xanthaki, le concept-clé du texte est celui de la diversité culturelle. Ce dernier place les peuples sur un pied d'égalité et condamne l'évolutionnisme propre au postulat du colonialisme en utilisant une formulation similaire à la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* de l'UNESCO, aux paragraphes 2 et 4 de son préambule.⁶⁴⁶ La variété des contextes historiques et culturels est mentionnée au paragraphe 23 du préambule qui déclare que « la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels ». Ce dernier paragraphe fut ajouté en réponse aux inquiétudes des pays africains de sorte que, bien qu'il permette une approche contextuelle dans la détermination des bénéficiaires de la Déclaration, il accorde du même coup aux États la possibilité de donner leur propre interprétation de ce contexte.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Et ce, bien que de multiples propositions aient été formulées au cours de la 3^{ème} session du groupe de travail sur la Déclaration et que certains États, particulièrement la Chine et les États-Unis, aient insisté sur la nécessité de l'inclusion d'une définition claire des bénéficiaires dans la Déclaration : S. PRITCHARD, préc., note 608, p. 15.

⁶⁴⁵ *Supra*, p. 73. Rappelons que cette Convention qualifie d'autochtone celui qui est le descendant d'un habitant au moment de la colonisation ou de l'établissement des frontières de l'État.

⁶⁴⁶ *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux*, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1, annexe V (1982). Le par. 4 du préambule de la Déclaration affirme « que toutes les doctrines, politiques et pratiques qui invoquent ou prônent la supériorité de peuples ou d'individus en se fondant sur des différences d'ordre national, racial, religieux, ethnique ou culturel sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes », tandis que le par. 2 affirme « que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels ».

⁶⁴⁷ S. WIESSNER, préc., note 188, 1164. Ce paragraphe du préambule est par ailleurs très similaire à l'article 34 de la Convention 169. Cette disposition générale prévoit que « la nature et la portée des

On retrouve, à plusieurs endroits de la Déclaration, certaines indications sur le sens qu'on entendait donner à cette identité. L'intention qui se dégage du texte semble être de reconnaître et de protéger les cultures traditionnelles tout en faisant la promotion de leur dynamisme.⁶⁴⁸ Nombre de dispositions mettent l'accent sur la notion de développement. Ce développement doit permettre aux peuples autochtones, si tel est leur choix, de s'approprier les outils modernes sans risquer de perdre leur identité.

Le préambule de la Déclaration souligne les injustices historiques subies par les peuples autochtones qui ont eu pour effet d'empêcher leur développement selon leurs intérêts et besoins.⁶⁴⁹ Le droit au développement selon les aspirations et les besoins des autochtones est ensuite affirmé au 10^{ème} paragraphe. On souligne plus loin que la démilitarisation des territoires autochtones favorisera le développement économique et social des autochtones.⁶⁵⁰

Cette importance du développement comme partie inhérente des droits des peuples autochtones nous éclaire sur leur statut. Leur identité doit être libre de contraintes définitives provenant d'un cadre juridique rigide, par exemple en employant des critères culturels. D'abord et avant tout, les autochtones sont considérés dans la Déclaration comme constituant des peuples. Cette ferme prise de position viendrait clore le débat sur l'admissibilité des autochtones à ce statut.⁶⁵¹ Les dispositions concernant leur autodétermination viennent consacrer cette approche : dès le préambule, les paragraphes 16 et 22 affirment cette libre détermination culturelle, sociale, économique et politique, se référant aux instruments-phares des

mesures à prendre pour donner effet à la présente convention doivent être déterminées avec souplesse, compte tenu des conditions particulières à chaque pays», ce qui reconnaît une latitude interprétative aux États pouvant tourner à leur avantage.

⁶⁴⁸ Voir à ce sujet P. THORNBERRY, préc., note 512, p. 377 et suiv.

⁶⁴⁹ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, par. 6 du préambule.

⁶⁵⁰ *Id.*, par 12 du préambule.

⁶⁵¹ Depuis le titre jusqu'aux dispositions finales, l'expression «peuples autochtones» abonde dans cet instrument. Il est mentionné à plus de cent reprises et son sens n'est pas limité par une disposition interprétative analogue à celle que l'on retrouve dans la Convention 169 et le Projet de déclaration interaméricaine. L'ambiguïté du statut des autochtones à ce sujet serait donc résolue : voir *supra*, p. 61.

droits de l'homme et aux droits collectifs des peuples autochtones eux-mêmes, indispensables à leur développement intégral.⁶⁵² L'article 23, qui prévoit le droit d'élaborer des priorités et des stratégies en vue d'exercer leur droit au développement, fait écho à ces principes. Le libellé des articles 11 et 13 affirme le caractère dynamique des cultures autochtones et reconnaît que les autochtones peuvent revivifier, utiliser, développer et transmettre celles-ci, qu'elles soient traditionnelles ou non. Le développement du patrimoine culturel et de leur propriété intellectuelle collective est également mentionné à l'article 31.

Extension nécessaire de cette libre détermination en tant que peuple, le droit à l'auto-identification des peuples autochtones est défendu par la Déclaration. L'article 9 prévoit que «les autochtones, peuples ou individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou une nation autochtone». L'article 9 est plus audacieux que son homologue de la Convention 169, ajoutant à ce droit une dimension collective.⁶⁵³ L'article 33 de la Déclaration complète cette libre identification en prévoyant le droit des peuples autochtones «de décider de leur libre appartenance en fonction de leurs coutumes et traditions». Cette identité est par ailleurs protégée, comme le souligne Xanthaki, contre l'assimilation forcée ou la destruction de leur culture.⁶⁵⁴

Les diverses mesures visant à assurer la liberté des peuples autochtones dans la détermination de leur identité collective traversent l'ensemble de la Déclaration et offrent une approche, à première vue, libre des conceptions historiques et culturelles de l'identité autochtone. Cependant, ces dispositions ne sont pas rédigées dans l'abstrait. Comme le remarque Thornberry, les droits prévus par la Déclaration mettent l'accent sur une dimension culturelle traditionnelle.⁶⁵⁵ On y retrouve ainsi

⁶⁵² Ces instruments fondamentaux sont la *Charte des Nations Unies*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et la *Déclaration et le Programme d'action de Vienne*.

⁶⁵³ La convention 169 ne parle en effet que d'un «sentiment d'appartenance indigène ou tribale» : voir *supra*, p. 77.

⁶⁵⁴ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 105; *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, art. 8.

⁶⁵⁵ P. THORNBERRY, préc., note 512, p. 380.

des dispositions concernant la pratique des traditions, coutumes et rites religieux,⁶⁵⁶ et se rapportant aux pharmacopées traditionnelles.⁶⁵⁷ Les liens spirituels avec les terres traditionnelles sont affirmés et les autochtones doivent en assumer les responsabilités à l'égard des générations futures.⁶⁵⁸

L'appartenance spécifique à un territoire et l'idée de culture traditionnelle semblent donc être la souche à partir de laquelle le développement peut se faire.⁶⁵⁹ Bien que l'on affirme fréquemment que les autochtones peuvent user de cet héritage selon leurs aspirations, ces aspirations semblent par la même occasion devoir s'y confiner.⁶⁶⁰ Par exemple, le paragraphe 7 du préambule expose cette interrelation, parlant des «droits intrinsèques découlant de leurs structures politiques [...] et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie », en particulier ceux se rapportant aux droits territoriaux. Sans indiquer qu'elles s'y limitent, cette approche tend à conceptualiser les droits autochtones comme des droits uniques, *sui generis*, fondés sur l'histoire et la culture particulière des autochtones. Ils paraissent en conséquence solidaires des éléments essentiels de l'autochtonie que nous avons examinés plus tôt.⁶⁶¹ L'approche culturaliste de l'identité autochtone est par ailleurs présente dans les articles relatifs à leur auto-identification, laquelle est exercée «conformément aux traditions et coutumes de ces dernières».

⁶⁵⁶ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, art. 12 (1), 31, 32, 34 et 40

⁶⁵⁷ *Id.*, art. 20

⁶⁵⁸ *Id.*, art 25

⁶⁵⁹ Les articles qui font mention de la «tradition», des «coutumes» ou qui spécifient qu'une composante protégée est «traditionnelle» sont en effet nombreux (15 sur 46) et touchent à presque tous les thèmes abordés par la Déclaration (articles 9, 11, 12, 13, 15, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 33, 34 et 40.)

⁶⁶⁰ Ainsi, les articles 11, 13, 15, 18, 20, 31 et 34 se fondent sur une dimension traditionnelle d'une partie de leur identité, qu'elle soit culturelle ou politique, qu'ils peuvent développer selon leurs désirs. Ces articles sont souvent formulés en commençant par le droit qui est en cause pour ensuite se référer à cette dimension traditionnelle. Le droit ne s'y limite pas mais son sens semble capturé par cette idée de culture traditionnelle. L'article 20 prévoit par exemple que «les peuples autochtones ont le droit de conserver et développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, *de disposer en toute sécurité de leurs moyens de subsistance* et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, *traditionnelles ou autres*. (italiques ajoutés).

⁶⁶¹ *Supra*, p. 56.

Bien qu'elle soit structurée autour d'une conception des cultures traditionnelles, l'absence de définition formelle et la priorité du développement libre laissent penser que se qualifieraient les peuples autochtones relativement éloignés d'une culture « traditionnelle » ou de leur territoire d'origine, que ce soit physiquement ou spirituellement.⁶⁶² Cette flexibilité est attribuable à la reconnaissance de la maîtrise des autochtones sur la détermination de leur identité. Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones est au fondement de cette identité flexible et dynamique; elle constitue la pierre d'assise de la Déclaration.

iii) Le droit à l'autodétermination dans la Déclaration

Le débat intensif qui s'est déployé autour du droit à l'autodétermination durant les négociations de la Déclaration a finalement abouti à la consécration de ce dernier comme le fondement de la relation en devenir entre les peuples autochtones et les États. Le préambule souligne à maintes reprises l'importance fondamentale du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes,⁶⁶³ affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples. L'article 2 l'affirme d'entrée de jeu.⁶⁶⁴ Après de multiples essais, la formulation retenue dans la version finale de l'article 3 reprend l'énoncé des premiers articles des Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme:

Les 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.⁶⁶⁵

Ce puissant énoncé n'a cependant pas été adopté sans polémique.⁶⁶⁶ Plusieurs États ont posé comme condition préalable à leur appui à la Déclaration la délimitation

⁶⁶² P. THORNBERRY, préc., note 512, p. 378.

⁶⁶³ Particulièrement les paragraphes 6, 10, 16 et 22 que nous avons brièvement décrits plus haut : *supra*, p. 182.

⁶⁶⁴ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, par. 2 du préambule. L'article 2 se lit comme suit : «Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones.»

⁶⁶⁵ *Id.*, art. 3

⁶⁶⁶ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 110.

claire de ce droit.⁶⁶⁷ La spécification du sens de cette autodétermination et de ses implications institutionnelles potentielles était nécessaire. Ainsi, les fondements politiques de la justification théorique des revendications autochtones, trame de l'évolution de leurs droits —et par conséquence de cette étude— ont dû être articulés dans la Déclaration. Au cours du débat qui eut lieu durant les premières sessions du groupe de travail sur la Déclaration, les participants ont abordé le concept d'autodétermination selon ses deux facettes traditionnellement acceptées et dont nous avons discuté plus haut.⁶⁶⁸ La première, interne, était généralement admise par les États tandis que la deuxième, externe, soulevait les principales difficultés.⁶⁶⁹

L'article 4 de la Déclaration, suivant immédiatement la disposition principale sur l'autodétermination, nous éclaire quant au contenu de ce droit et répond aux inquiétudes des États:

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes.

La Déclaration exprime donc une préférence pour l'autodétermination interne des autochtones. Elle répond à leurs revendications en prévoyant des mesures qui visent à donner à ce droit une forme d'auto-gouvernance ou d'autonomie. Il est à noter que l'article 4 fut déplacé de son emplacement initial dans le Projet de déclaration. Il se trouvait alors dans la section finale qui se consacrait aux divers aspects de l'autonomie des peuples autochtones. Son libellé a également subi certaines modifications importantes : l'ancienne disposition précisait que leur autonomie constituait un *exercice spécifique* de leur droit à l'autodétermination et énumérait par la suite plusieurs domaines où ils pouvaient être autonomes et s'administrer eux-mêmes.⁶⁷⁰ La nouvelle formulation semble vouloir indiquer que le droit à

⁶⁶⁷ *Rapport du Groupe de Travail de la Commission des Droits de l'homme*, Doc. N.U. E/CN.4/6/2003/92, par. 19.

⁶⁶⁸ Voir *supra*, p. 139.

⁶⁶⁹ S. PRITCHARD, préc., note 608, p. 34 à 50.

⁶⁷⁰ Soit la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et ressources, l'environnement et l'accès des non-membres à leur territoire, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes : *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40, art. 31.

l'autonomie vide la substance du droit à l'autodétermination. Les composantes de cette autonomie, n'étant plus mentionnées, se prêtent également à une interprétation qui peut en limiter la portée.⁶⁷¹

La facette externe de la conception traditionnelle du droit à l'autodétermination, soit le droit à la détermination du statut politique des peuples autochtones, n'est cependant pas évacuée par cette disposition. En effet, il faut lire ces premières dispositions à la lumière du préambule qui nous indique entre autres «qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international».⁶⁷² De plus, rappelons que le droit à l'autodétermination et le droit à l'autonomie font l'objet de deux dispositions distinctes, soit les articles 3 et 4. Ce dernier n'impose donc pas une limite textuelle au droit à l'autodétermination lorsqu'il est lu isolément.⁶⁷³

Xanthaki explique à ce sujet que l'objectif de la Déclaration n'est pas de créer un droit à l'autodétermination des peuples autochtones inférieur ou différent de celui des autres peuples du monde, mais de tenter d'articuler une nouvelle relation entre les États et les autochtones en fonction du même principe.⁶⁷⁴ Cette nouvelle relation est mise en exergue par «le partenariat renforcé» et les «relations harmonieuses et de

⁶⁷¹ Voir F. DEROCHE, préc., note 58, p. 305. En effet, bien qu'à première vue une énumération des domaines visés par leur autonomie peut sembler limiter la portée de cette autonomie, Deroche considère que ce n'était pas le cas en l'espèce. Une énumération (non exhaustive) permettait de garantir certains domaines comme relevant exclusivement des institutions autochtones. Or l'approche des États était d'octroyer une autonomie dans d'autres domaines moins importants.

⁶⁷² *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, par. 22 du préambule.

⁶⁷³ Cette séparation entre les articles 3 et 4 (soit l'article 3 et 31 du Projet de déclaration) sera un enjeu considérable dans le cadre des négociations sur les dispositions relatives à l'autodétermination. L'intégrité de l'article 3 est considérée par les autochtones comme la meilleure reconnaissance de leur statut de «peuples» qui ont la capacité d'exercer leur libre détermination dans toutes ses ramifications : Alfredo REGINO MONTES et Gustavo TORRES CISNERO, «The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: the Foundation of a New Relationship between Indigenous Peoples, States and Societies», dans R. STAVENTHAGEN et C. CHARTERS (dir.), préc., note 32, p. 138, à la page 157.

⁶⁷⁴ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 112.

coopération» que représentent les traités, accords et autres arrangements constructifs existants entre États et autochtones ainsi que les droits prévus par la Déclaration.⁶⁷⁵

Cette position rejoint celle de S. J. Anaya, telle qu'il la formule dans un article traitant du droit à l'autodétermination dans la Déclaration.⁶⁷⁶ Il considère que cet instrument confirme la théorie qu'il avance sur le concept d'autodétermination en droit.⁶⁷⁷ La forme que ce droit doit prendre à l'égard des peuples autochtones en réponse à leur situation spécifique de carence de souveraineté, bien qu'elle soit variable selon le contexte, s'articule principalement sur deux pivots intimement liés : l'autonomie et la participation des autochtones dans l'État englobant. L'article 5 les articule de cette façon :

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État.

Ces deux pivots permettraient de rétablir la légitimité des États et de réparer les violations du droit à l'autodétermination des autochtones qui perdurent aujourd'hui. Ils permettent en ce sens de créer un processus de renégociation des paramètres politiques entre ces deux acteurs politiques, où les sphères d'appartenance des peuples autochtones sont à la fois situées dans leur communauté et la société nationale. L'objectif de dialogue et de coopération visé par la Déclaration serait atteint par un équilibre entre ces deux pivots,⁶⁷⁸ avec la participation étroite des autochtones.⁶⁷⁹ Daes a encouragé les travaux du *Groupe de travail sur les populations autochtones* à se diriger vers cette approche et cette dernière se reflète dans toute la structure de la Déclaration.⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, par. 15 et 18 du préambule.

⁶⁷⁶ S. J. ANAYA, préc., note 636, p. 184.

⁶⁷⁷ *Supra*, p. 140.

⁶⁷⁸ A. XANTHAKI, préc., note 67, p. 112.

⁶⁷⁹ L'article 38 affirme en ce sens que les buts de la Déclaration doivent être atteints par les États «en consultation et coopération avec les autochtones».

⁶⁸⁰ E.-I. DAES, «The Concepts of Self-determination and Autonomy of Indigenous Peoples in the Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2001) 14 *St. Thom L. Rev.* 259, 269; voir également Foster, qui reconnaît cette même forme de l'autodétermination dans la

(1) Le premier pivot : l'autonomie

Les articles 4 et 5 sont les dispositifs centraux de la Déclaration en ce qui concerne le renforcement de l'autonomie des peuples autochtones. Le principe général du droit collectif de vivre en tant que peuples distincts est également affirmé à l'article 7.⁶⁸¹ L'article 20, que nous avons mentionné plus haut à propos de l'identification des bénéficiaires,⁶⁸² offre une garantie générale de conservation et de développement des institutions politiques, économiques et sociales des peuples autochtones. Comme le fait remarquer Deroche, ces articles-phares du droit à l'autonomie, bien que novateurs étant donné que l'autonomie des autochtones ne fut jamais mentionnée explicitement en tant que droit dans un instrument juridique international, sont couchés en termes très généraux. Ce faisant, le soin de leur interprétation est laissé aux institutions politiques internationales et nationales.⁶⁸³

Ces dispositions sont cependant loin d'être les seules à garantir une forme d'autonomie aux peuples autochtones. Dans chacune des différentes sections de la Déclaration se trouve un droit destiné à consolider leur autonomie dans un domaine particulier. Ces dispositions peuvent ainsi baliser la portée de l'autonomie et en protéger des facettes essentielles. L'article 20, par exemple, est complété par l'article 34 qui prévoit un droit de promotion et de développement de leurs structures institutionnelles ainsi que de leurs systèmes ou coutumes juridiques. Les institutions décisionnelles des peuples autochtones sont protégées par l'article 18 qui traite du droit de participation des autochtones aux questions pouvant toucher leurs droits. Dans ce processus de consultation par l'État, les institutions autochtones constituent un intermédiaire légitime,⁶⁸⁴ surtout en ce qui concerne les utilisations militaires ou

Déclaration: Caroline E. FOSTER, «Articulating Self-Determination in the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», (2001) 12 (1) *E.J.I.L.* 141.

148, 152, 153, 154

⁶⁸¹ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, art. 7.

⁶⁸² *Supra*, note 660.

⁶⁸³ F. DEROCHÉ, préc., note 58, p. 252.

⁶⁸⁴ *Id.*, art. 19.

de toute nature du territoire.⁶⁸⁵ Ils ont également le droit de déterminer la structure de leurs institutions, d'en choisir les membres selon leurs propres procédures⁶⁸⁶ ainsi que de déterminer les responsabilités des individus envers leur communauté.⁶⁸⁷ L'exercice de la culture au sein des institutions autochtones par le biais de l'enseignement et des médias est protégé par les articles 12 à 16.⁶⁸⁸ Ajoutons que le patrimoine culturel, le savoir traditionnel et les expressions culturelles autochtones ont le droit d'être protégés, contrôlés et développés par les peuples autochtones, ainsi que la propriété intellectuelle collective qui en découle.⁶⁸⁹

Ces nombreuses précisions renforcent l'importance des institutions autochtones et les protègent des influences extérieures. Elles permettent de consolider ce premier pivot du droit à l'autodétermination en sécurisant l'organisation politique des communautés autochtones. Ces institutions sont le rempart principal de leur intégrité culturelle contre les incursions extérieures, assurant leur libre développement dans les domaines économiques et sociaux. Cette intégrité culturelle, objet de l'autodétermination autochtone, est considérée par les créateurs de la Déclaration comme intimement liée aux droits territoriaux :

[...] a fundamental aspect of the true meaning of self-determination is the respect for the land, without which, indigenous peoples cannot fully enjoy their cultural freedom or cultural integrity.⁶⁹⁰

Les articles 25 à 32 de la Déclaration se consacrent aux droits fonciers des autochtones. L'article 25 a été mentionné plus haut et se rapporte à la protection du lien spirituel particulier aux «terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement». Les territoires visés par cette disposition sont très vastes et le lien d'appartenance entre

⁶⁸⁵ *Id.*, art. 30 (utilisation des terres et territoires à des fins militaires) et 32 (2) (concernant tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources).

⁶⁸⁶ *Id.*, art. 33 (2).

⁶⁸⁷ *Id.*, art. 35.

⁶⁸⁸ Les articles 12 à 15 comportent tous une référence à l'enseignement et à la transmission de la culture autochtone (l'article 14, en particulier, prévoit explicitement le contrôle de leurs propres systèmes et établissements scolaires dans leur propre langue). L'article 16 prévoit le droit des peuples autochtones d'établir leurs propres médias.

⁶⁸⁹ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, art. 31.

⁶⁹⁰ É.-I. DAES, préc., note 680, 264.

les autochtones et ces derniers se base sur un lien historico-culturel. L'emplacement de cet article lui donne une apparence de paragraphe préambulaire qui, à l'instar de l'article 13 de la Convention 169 de l'*Organisation internationale du Travail*,⁶⁹¹ indique un des fondements normatifs des droits territoriaux et offre une grille analytique pour l'interprétation des dispositions suivantes.

La disposition centrale en matière de droits territoriaux est l'article 26. Ce dernier prévoit que «les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent ou qu'ils ont utilisés ou acquis». Il est en ce sens très similaire à l'article 14 de la Convention 169 étant donné qu'il se fonde sur les mêmes critères d'existence.⁶⁹² Bien que ce droit ne soit pas précisément qualifié, certains analystes considèrent qu'il s'agit à la fois d'un droit culturel, s'il est lu en conjonction avec l'article 25, et d'un droit de propriété, à la lumière de l'alinéa 2 de l'article 26, qui parle d'un droit de «possession, d'utilisation, de mise en valeur et de contrôle de ces territoires».

Le sens du terme «possession» est primordial en l'espèce et influence largement la mise en œuvre du droit. Selon Matthias Ahrén, cette possession doit être entendue non pas au sens commun du droit foncier mais dans le contexte général à la fois de la Déclaration et du développement normatif autochtone contemporain.⁶⁹³ Cette interprétation requiert donc une approche sensible de la signification de la possession pour les autochtones et en conséquence cette dernière ne se soumet pas aux règles rigides d'exclusivité et de contrôle au sens occidental de ces termes. La possession est liée à l'occupation et l'utilisation traditionnelle d'un lieu. Le sens du terme « traditionnel » est donc tout aussi important dans la considération des critères visant à établir une possession territoriale autochtone. Toujours selon Ahrén, ce qualificatif correspondrait aux modes d'usage du territoire selon leurs pratiques culturelles distinctes.⁶⁹⁴ L'alinéa 3 de l'article 26 spécifie en ce sens que la

⁶⁹¹ *Supra*, p. 67.

⁶⁹² *Supra* p. 158.

⁶⁹³ Matthias AHRÉN, «The Provisions on Land, Territories and Natural Resources in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples : An Introduction», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), préc., note 32, p. 200, à la page 210.

⁶⁹⁴ *Id.*, à la page 211.

reconnaissance et la protection juridique de ces terres «se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés.»

La modification des dispositions sur les terres par le Groupe de travail sur le projet de déclaration a considérablement réduit la précision des termes qui y sont utilisés, rendant le sens et la portée de l'article 26 plus approximatif.⁶⁹⁵ La version initiale du Projet de déclaration prévoyait que la gestion des territoires et ces derniers correspondaient à la gestion de l'ensemble de leur environnement, incluant l'air et les cours d'eau, ce que ne précise pas la nouvelle version.⁶⁹⁶

Ce caractère imprécis des droits territoriaux est attribuable aux négociations précipitées sur leur libellé qui eurent lieu quelques mois avant le passage du projet devant le Conseil des droits de l'homme.⁶⁹⁷ Le débat portait essentiellement sur l'identification des territoires visés. Les États proposaient une appellation générale de «territoires» auxquels les autochtones s'opposèrent fortement. Ces derniers craignaient qu'une telle définition ne désigne que les territoires actuellement et effectivement détenus par les autochtones. Il fut convenu durant la dernière session du groupe de travail, en 2006, que les territoires visés par la Déclaration seraient ceux considérés par les autochtones comme les leurs, mais il fut également choisi de retirer l'énumération spécifique des types de territoires visés, ce qui les rend susceptibles d'être interprétés de plusieurs façons.

Néanmoins, le droit au territoire visé par l'article 26 couvre autant les territoires n'ayant pas fait l'objet de reconnaissance étatique que ceux ayant été utilisés par le passé. Le contrôle et l'utilisation de ces derniers ainsi que le respect des coutumes et des régimes fonciers autochtones dans la législation visant leur protection exprime une position très autonomiste, en diapason avec les articles 4 et 20 ainsi que l'article 32; ce dernier reconnaît le droit des autochtones d'établir des priorités et stratégies pour l'utilisation des terres, territoires et autres ressources.

⁶⁹⁵ F. DEROCHE, préc., note 58, p. 289.

⁶⁹⁶ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40, art. 26.

⁶⁹⁷ M. AHRÉN, préc., note 693, à la page 207.

(2) Le deuxième pivot : la participation des peuples autochtones dans l'État englobant

Second grand principe de l'autodétermination des peuples autochtones, la participation des autochtones aux processus décisionnels de l'État est protégée aussi énergiquement que le premier, fondé sur l'autonomie. Le droit à la participation est souvent inclus dans les articles qui traitent de l'autonomie des autochtones. Cela s'explique par la relation intime que cette autonomie entretient avec la structure politique de l'État. Comme le rappelle Anaya, le développement normatif relatif aux autochtones considère ces derniers comme étant simultanément distincts et pourtant faisant partie d'organisations sociales et politiques plus larges.⁶⁹⁸ Ces dernières, en particulier les États, se doivent de prendre en considération les intérêts des autochtones dans le cadre de leurs actes afin d'atteindre les objectifs d'une représentation démocratique qui respecte le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. La forme que doit prendre cet apport des autochtones aux processus décisionnels dont le principe de base est énoncé à l'article 5⁶⁹⁹ est développée dans les sections suivantes de la Déclaration. L'article 18 affirme que «les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décision sur des questions qui peuvent concerner leurs droits» et pose ainsi le cadre juridique général du droit de participation. Deux types de mécanismes sont déployés dans les dispositifs de la Déclaration afin de rendre cette participation réelle et effective.

La concertation, la consultation et la coopération entre les peuples autochtones et l'État permettent tout d'abord une participation réelle de ces premiers à l'élaboration des politiques nationales. Ce premier mécanisme vise à assurer aux autochtones qu'ils pourront significativement s'impliquer à ce processus législatif, bien que le consensus reste un objectif louable mais non obligatoire. Ainsi, la concertation des autochtones avec l'État est nécessaire dans l'élaboration des mécanismes de réparation relatifs à l'usurpation de biens culturels,⁷⁰⁰ à l'accès aux objets de cultes ou aux restes humains⁷⁰¹ et aux processus de reconnaissance des

⁶⁹⁸ S. J. ANAYA, préc., note 636, à la page 188.

⁶⁹⁹ *Supra* p. 140.

⁷⁰⁰ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, art. 11 (2).

⁷⁰¹ *Id.*, art. 12 (2).

droits territoriaux.⁷⁰² Cette concertation est également nécessaire dans l'élaboration des mesures étatiques visant l'accès de membres éloignés d'une communauté à une éducation respectant leur coutume et leur langue,⁷⁰³ la protection des femmes et des enfants autochtones contre la discrimination⁷⁰⁴ et les mécanismes de protection des aspects de leur patrimoine culturel.⁷⁰⁵

La consultation et la coopération avec les peuples autochtones sont également des conditions nécessaires au respect et à la mise en œuvre des droits autochtones prévus dans toute la Déclaration.⁷⁰⁶ Ces deux voies sont particulièrement sollicitées dans la mise en place de mesures visant à faciliter les relations transfrontalières entre peuples autochtones⁷⁰⁷ et avant toute utilisation du territoire autochtone à des fins militaires,⁷⁰⁸ ainsi que dans la protection des enfants contre l'exploitation économique⁷⁰⁹ et plus généralement dans la promotion de la tolérance et l'élimination de la discrimination à leur endroit.⁷¹⁰

Ces modes de participation que sont la concertation, la consultation et la coopération couvrent un vaste éventail de domaines. On constate que le critère de concertation se rapporte plus à des mesures relatives au patrimoine et aux modes d'expression culturelle (mis à part l'élaboration des mécanismes de reconnaissance des droits territoriaux) tandis que ceux de consultation et de coopération, plus rigoureux, concernent surtout des droits ayant un fondement politique. Cependant, comme nous l'avons observé plus tôt dans cette étude,⁷¹¹ ces modes de participation ne garantissent pas aux autochtones que leur point de vue sera prépondérant au cours du processus législatif ou politique en cause. Pour certains aspects fondamentaux aux

⁷⁰² *Id.*, art. 27.

⁷⁰³ *Id.*, art. 14 (3).

⁷⁰⁴ *Id.*, art. 22 (2).

⁷⁰⁵ *Id.*, art. 31 (2).

⁷⁰⁶ *Id.*, art. 38.

⁷⁰⁷ *Id.*, art. 36 (2).

⁷⁰⁸ *Id.*, art. 30 (2).

⁷⁰⁹ *Id.*, art. 17 (2).

⁷¹⁰ *Id.*, art. 15 (2).

⁷¹¹ *Supra*, p. 159.

peuples autochtones, un mécanisme plus contraignant est nécessaire. C'est ici qu'entre en jeu le principe du «consentement libre, préalable et éclairé».

Considéré comme le corollaire du droit à l'autodétermination et une partie intégrante du contrôle des peuples autochtones sur leurs territoires, leur culture et leur développement,⁷¹² la norme du consentement libre, préalable et éclairé se retrouve de façon explicite dans sept articles de la Déclaration. L'article 19 nous permet de faire le pont entre cette norme et le premier mécanisme de participation basé sur la coopération, à laquelle elle est concomitante :

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, *afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause* [mes italiques].

À cette disposition générale s'ajoutent des mesures visant essentiellement la protection de la volonté des peuples autochtones en rapport avec leurs territoires. Ainsi, aucune réinstallation des autochtones ne peut avoir lieu sans leur consentement libre, préalable et éclairé.⁷¹³ Cette condition s'applique aussi au stockage ou déchargement de matières dangereuses ou aux activités militaires sur leurs terres ou territoires.⁷¹⁴ À ces dispositions plus spécifiques s'ajoute le devoir des États d'obtenir le consentement des peuples autochtones dont la terre, le territoire ou autres ressources sont touchés par tout type de projet.⁷¹⁵

La norme du consentement libre, préalable et éclairé constitue également le barème déterminant la naissance du droit à la restitution ou à la réparation. L'usurpation des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels sans cette autorisation fondamentale suffit à établir une violation de leurs droits et justifie la mise en place d'un processus équitable visant la correction de ce tort.⁷¹⁶ Ce critère

⁷¹² *Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, préc., note 575, par. 45.

⁷¹³ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 56, art. 10.

⁷¹⁴ *Id.*, art. 29 et 30.

⁷¹⁵ *Id.*, art. 32 (2).

⁷¹⁶ *Id.*, art. 11 (2).

s'applique également aux terres, territoires et ressources des peuples autochtones qui furent confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés.⁷¹⁷

En comparant le libellé de ces articles avec celui des dispositions du Projet de déclaration élaboré par le *Groupe de travail sur les populations autochtones*, on constate que ces derniers ont subi certaines modifications conceptuelles importantes. L'article 18, par exemple, prévoyait le droit de participer « pleinement » à la prise de décision sur des questions pouvant concerner leurs droits ainsi que leur « avenir et mode de vie ». Ces qualificatifs furent retranchés durant les dernières sessions de révision du Conseil des droits de l'homme. Le niveau de participation et la portée du champ d'action de cette disposition sont donc plus faibles qu'à l'origine.

L'article 19 a quant à lui subi un renversement de sujet,⁷¹⁸ dans la mesure où l'article initial traitait du droit *des autochtones* «de participer pleinement [...] à l'élaboration de mesures législatives ou administratives susceptibles de les concerner».⁷¹⁹ Ces contraintes se sont transformées en une obligation procédurale, pour *les États*, d'agir de bonne foi :

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

Ce renversement s'est également produit à l'article 32, qui octroyait aux autochtones le « droit d'exiger que les États obtiennent leur consentement »,⁷²⁰ ainsi qu'à l'article 29 (2), qui employait une formulation plus rigoureuse quant à la protection des territoires contre les matières dangereuses et qui s'est transformé en obligation de

⁷¹⁷ *Id.*, art. 28.

⁷¹⁸ Voir F. DEROCHE, préc., note 58, p. 324.

⁷¹⁹ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40, art. 19.

⁷²⁰ *Id.*, art. 30.

bonne foi.⁷²¹ Les activités militaires interdites par l'article 30 ont également été rendues permmissibles en vertu de l'intérêt public.⁷²²

Ces diverses concessions et atténuations des dispositions préparées par le *Groupe de travail sur les populations autochtones* témoignent d'une déférence envers les intérêts et les préoccupations des États. Les articles interprétatifs de la dernière partie de la Déclaration démontrent cette déférence et permettent d'approfondir notre compréhension du concept d'autodétermination des peuples autochtones et son interaction avec la souveraineté étatique dans le cadre de la Déclaration.

(3) Le contrepois : l'intégrité territoriale et politique des États

Les demandes des États quant à la spécification du sens et de la substance du droit à l'autodétermination prévu à l'article 3 de la Déclaration se sont soldées, comme nous l'avons vu, par l'ajout d'une série de dispositions qui circonscrivent la mise en œuvre de ce droit au niveau interne. Cette délimitation s'articule sur deux principes interdépendants qui cherchent à réviser la relation entre l'État et les peuples autochtones, soit l'autonomie et la participation.

Ces deux pivots, bien qu'ils soient développés généreusement dans les dispositions plus spécifiques de la Déclaration, ne peuvent épuiser la substance du droit à l'autodétermination qu'à un coût inacceptable selon plusieurs, soit celui de créer une deuxième catégorie de ce droit, inférieure à la première et s'inscrivant dans une logique de discrimination entre les peuples. Pour cette raison, le principe

⁷²¹ Alors que l'article 28 du Projet de déclaration prévoyait que les États devaient « faire en sorte qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée » (*Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40, art. 28), l'article 29 (2) de la Déclaration parle de prendre « des mesures efficaces pour veiller à ce qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée ».

⁷²² L'article 28 du Projet de déclaration prévoyait une interdiction générale des activités militaires en territoire autochtones : « Il ne pourra y avoir d'activités militaires sur les terres et territoires des peuples autochtones sans leur accord librement exprimé. »

d'égalité entre les peuples et le droit des autochtones de bénéficier des instruments fondateurs des Nations Unies sont réitérés de façon claire dans la Déclaration.⁷²³

Ces puissantes affirmations que l'on retrouve dans le préambule et les deux premiers articles sont cependant limitées tout aussi fermement par l'ajout d'une clause interprétative à l'article 46. Ce dernier vient consacrer l'intégrité politique et territoriale des États à son premier alinéa :

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant.

La sécession est donc un recours très difficile, voire impossible, auquel pourraient recourir les peuples autochtones. Cependant certains analystes suggèrent que cette disposition doit elle-même être lue à la lumière des travaux de la Conférence de Vienne de 1993, au vu du 16^{ème} paragraphe du préambule.⁷²⁴ La Déclaration de Vienne base son interprétation du droit à la libre détermination des peuples en fonction des conditions posées par la *Déclaration sur les relations amicales de 1970*.⁷²⁵ Nous avons vu précédemment que le principe posé par la Déclaration de 1970 restreint l'intégrité d'un territoire étatique à des conditions de représentativité et de démocratie pouvant garantir aux peuples autochtones le respect de leur identité distincte.

La théorie de la carence de souveraineté pourrait ainsi aiguillonner cette disposition limitative et permettre aux peuples autochtones de bénéficier, dans des conditions particulières, d'un droit de sécession d'un État qui ne respecterait pas leurs droits politiques fondamentaux. Par ailleurs, le Canada a interprété l'article 45

⁷²³ *Supra*, p. 181.

⁷²⁴ Nous le rappelons ici par souci de clarté : «Constatant que la Charte des Nations Unies, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ainsi que la *Déclaration et le Programme d'action de Vienne*, affirment l'importance du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel»

⁷²⁵ A. REGINO MONTES et G. TORRES CISNERO, préc., note 673, à la page 151.

du Projet de déclaration⁷²⁶ comme incluant la *Déclaration sur les relations amicales de 1970*. Une violation des droits politiques de la Déclaration permettrait donc le déclenchement de la facette externe du droit à l'autodétermination. Ces interprétations, bien qu'elles fussent souvent admises par les États durant les négociations du texte, ne figurent cependant pas explicitement dans le texte, à l'opposé de la référence à l'intégrité territoriale et à l'unité politique dans cette disposition finale. L'économie globale du texte qui résulte de cette insertion reste donc ouverte à une interprétation future incertaine.

c) La Déclaration à la lumière des difficultés théoriques des revendications normatives autochtones

La première impression que donne cet aperçu général de la Déclaration et du droit à l'autodétermination qu'elle contient est déconcertante. Chaque difficulté théorique relative aux fondements normatifs des revendications autochtones semble à la fois évitée et pourtant présente, comme si on avait voulu tenir compte de chacune d'entre elles tout en sachant qu'il est impossible de les concilier pleinement. Le droit à l'autodétermination qui y est affirmé cohabite avec des fondements normatifs distincts. Les composantes de ce droit, articulées essentiellement autour des notions d'autonomie et de participation, sont quant à elles directement liées à ces fondements.

Claire Charters, qui participa à l'élaboration de la Déclaration, admet que les droits qui y sont prévus ne forment pas un ensemble cohérent.⁷²⁷ Ainsi, on retrouve des droits individuels cohabitant avec des droits généralement associés aux minorités, des droits *sui generis* —malgré ce qu'affirme Anaya— ainsi que d'autres

⁷²⁶ Cet article correspondait à la première partie de l'alinéa 1 de l'article 46 de la Déclaration. Il se lisait comme suit : «Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant à un État, à un groupe ou à un individu le droit de se livrer à une activité ou à un acte contraire à la Charte des Nations Unies» : *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 40, art. 45.

⁷²⁷ C. CHARTERS, «The Legitimacy of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), préc., note 32, p. 280, à la page 289. Mme Charters travailla en tant qu'expert aux Nations Unies sur la question des traités entre États et peuples autochtones. Elle se base sur les cinq fondement normatifs des revendications autochtones proposés par Kingsbury (les droits de l'homme et la non-discrimination, les droits des minorités, le droit à l'auto-détermination, la souveraineté historique et la particularité autochtone) : *supra*, p. 57 et 87.

fondés sur la souveraineté historique des peuples autochtones. Joel E. Oestreich note que le préambule de la Déclaration expose plusieurs raisons d'être des droits autochtones qui, en soit, sont difficilement conciliables, soit la présence antérieure des peuples autochtones sur un territoire, leur vulnérabilité particulière et leur relation culturelle unique avec leurs territoires.⁷²⁸ Nous avons eu l'occasion de constater que ces fondements donnent non seulement lieu à des droits différents, mais qu'ils souffrent également d'incohérence interne et de sérieuses difficultés lorsqu'ils tentent de s'harmoniser avec les principes fondamentaux du libéralisme.⁷²⁹

Le problème des pratiques non-libérales pouvant être exercées par les groupes autochtones protégés constitue un exemple intéressant à la lumière des dispositions de la Déclaration. L'article 34, comme nous l'avons vu, prévoit la protection et la promotion de leur culture en tant qu'institutions et coutumes locales. Ce dispositif reconnaît ainsi un certain pluralisme juridique et politique, où les structures spécifiques autochtones ont le droit d'être protégées et reconnues par les États. Cette pluralité des cultures institutionnelles doit cependant se soumettre aux normes internationales relatives aux droits de l'homme; les cultures institutionnelles reconnues étant celles conformes «aux standards internationaux en matière de droits de la personne». Une disposition similaire, de portée générale, est insérée à l'alinéa 2 de l'article 46. Elle déclare que l'exercice des droits de la Déclaration se font dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales de tous, et que cet exercice peut être limité par les restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme.

La personne appelée à juger cet équilibre entre cultures autochtones et normes fondamentales des droits de l'homme n'est pas clairement déterminée, ce qui ne répond pas aux inquiétudes formulées par S. J. Anaya sur la légitimité de l'autorité appelée à déterminer cette conformité.⁷³⁰ Les clauses limitatives soulèvent également la question d'une restriction injustifiable du droit à l'autodétermination

⁷²⁸ Joel E. OESTREICH, «Liberal Theory and Minority Rights Groups» (1999) 21 *Human Rights Quarterly* 108, 123-124. L'auteur fait référence aux par. 6, 7 et 8 du préambule du Projet de déclaration. Voir *supra*, p. 55 et suiv.

⁷²⁹ Voir *supra*, p. 87 et suiv.

⁷³⁰ *Supra*, p. 99.

des peuples autochtones, ces derniers étant les seuls « peuples » à qui l'on impose de telles restrictions. Les tenants de la troisième proposition de reconfiguration des structures politiques, qui considèrent ces dernières foncièrement illégitimes, ne peuvent donc être satisfaits par cette approche.

Le spectre de l'essentialisme culturel est également présent dans la Déclaration. En effet, malgré toutes les références au caractère dynamique des cultures autochtones, le lien irréductible entre ces cultures et leur territoire est répété tout au long du document. Une analyse du philosophe politique Collin Perrin souligne que ce caractère ineffable du lien à la terre, ne pouvant être clarifié mais pourtant sans cesse mentionné dans le contenu de la Déclaration, serait le témoin des problèmes majeurs des instruments juridiques traitant du postcolonialisme qui se voient incapables de se détacher de leur héritage colonial.⁷³¹ Ce lien au territoire marque une différenciation des peuples autochtones des autres unités sociétales fondée sur des traits culturels particuliers. Cette approche entraîne en conséquence le risque d'une caractérisation essentialiste de l'identité autochtone avec tout le danger que cela comporte pour la détermination éventuelle des droits autochtones.

Les droits territoriaux prévus par les articles 25 à 32 soulèvent simultanément des questions d'ordre culturel et historique. L'absence de définition du sens de « possession » et du qualificatif « traditionnel » obscurcit la position de la Déclaration à l'égard de leur substance. Si cette utilisation traditionnelle correspond, selon certains juristes, à des pratiques culturelles propres au caractère distinctif des peuples autochtones, elle pourrait entraîner le même type de difficultés de judiciarisation de la culture que celles auxquelles la jurisprudence canadienne fait actuellement face.

Thornberry expose certaines inquiétudes des États exprimées au moment des débats sur le libellé de ces dispositions. La définition des terres, territoires et ressources protégées par l'actuel article 26 de la Déclaration était contestée en raison de sa généralité, pouvant potentiellement provoquer une forme de *«historical sweep»*, c'est-à-dire que tous les fondements historiques à l'appui des revendications

⁷³¹ Colin PERRIN, «Approaching Anxiety: the Insistence of the Postcolonial in the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (1995) VI (1) *Law and Critique* 55, 67.

autochtones pourraient être invoqués en fonction de cette définition.⁷³² Le droit aux terres, territoires et ressources «qu'ils possèdent ou qu'ils ont utilisés ou acquis», couplé à une qualification «traditionnelle» qui n'est pas définie, peut correspondre au fondement historiciste de l'occupation immémoriale et de l'occupation antérieure au contact avec le colonisateur. Or, comme nous l'avons vu, ces fondements entraînent des titres différents et posent divers problèmes théoriques⁷³³ qui ne sont pas résolus par la Déclaration.

Finalement, le fondement de la « souveraineté autochtone inhérente », qui se base sur une souveraineté historique demeurée intacte,⁷³⁴ est exposé à l'article 28. Ce dernier prévoit le droit «à réparation, par le biais de la restitution [...] des terres [...] qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement [...]». Cette restitution ne peut être conçue sans la souveraineté originelle des peuples autochtones qui se serait maintenue jusqu'à nos jours. Cette approche est par ailleurs soutenue dans l'article 37 —qui exige la reconnaissance et l'application des traités conclus entre les États ou leurs successeurs— ainsi que dans les diverses mentions de la présence immémoriale ou précoloniale des peuples autochtones que l'on retrouve dans le préambule. Ce fondement soulève comme on l'a vu des questions importantes et complexes mettant en relation les principes de la justice distributive —également prévus par plusieurs dispositions limitatives ou interprétatives de la Déclaration— avec ceux de la justice historique. À cet égard, la Déclaration n'apporte pas de réponse claire.

Au vu de ces différentes tensions conceptuelles qui émergent de ces dispositions, nous sommes en mesure de nous demander pour quelles raisons les principaux défenseurs de la Déclaration, Anaya en tête, affirment que la Déclaration n'est pas créatrice de nouveaux types de droits. Ils prétendent, bien au contraire, que ces dispositions découlent naturellement de principes bien ancrés dans le système universel des droits de l'homme. Stephen Allen considère que cette approche serait

⁷³² P. THORNBERRY, préc., note 512, p. 393.

⁷³³ *Supra*, p. 108.

⁷³⁴ Ce concept rejette toute conception de la justice qui se fonde sur une reconnaissance de la légitimité des États actuels : *supra*, p. 103.

une stratégie de la part d'auteurs comme Anaya, stratégie dont l'objet serait d'éventuellement de faire reconnaître de nouveaux droits au niveau international. En considérant la Déclaration comme un simple mécanisme interprétatif des droits fondamentaux de l'homme, qui ne ferait donc que contextualiser ces derniers à la situation particulière des autochtones, les droits de la Déclaration gagnent considérablement en force : ils s'agrègent à des droits bénéficiant d'une force normative coutumière, ou, mieux encore, du statut de *jus cogens*—comme c'est le cas du droit à l'autodétermination.⁷³⁵ Ce serait pour cette raison que le qualificatif de *sui generis* serait évité par les défenseurs des droits autochtones.

Cette position évite également de soulever certaines questions épineuses découlant de l'admissibilité des peuples autochtones à un régime juridique spécial et exclusif. Reconnaître ce statut aux autochtones entraîne en effet la question de la distinction des peuples autochtones d'avec les autres minorités politiques qui réclament un traitement particulier au sein de leur État.⁷³⁶ Faillir à établir cette distinction aurait des effets stratégiques catastrophiques, face au nombre de minorités politiques se réclamant d'un tel statut et des craintes tout aussi nombreuses qu'elles suscitent chez les États. Allen constate qu'une distinction entre minorités nationales et peuples autochtones n'est en fait possible que si le concept de la souveraineté historique, intriqué à la culture pré-moderne distinctive autochtone, est embrassé. Or cette souveraineté historique et cette culture pré-moderne distinctive fait une fois de plus ressurgir les problèmes de la justice distributive et de la judiciarisation de la culture. C'est donc pour éviter ces pièges conceptuels, qui risquent de saper la légitimité des droits des peuples autochtones, que serait adoptée la stratégie visant à affirmer que les droits autochtones ne sont pas spéciaux.

⁷³⁵ S. ALLEN, préc., note 164.

⁷³⁶ Voir *supra*, p. 59, 81 et 95.

CONCLUSION

Les revendications des autochtones démontrent avec force que la légitimité sur laquelle repose l'ordre politique existant est contestable. Pour reprendre les termes éclairants de Patrick Macklem, le critère à partir duquel on affirme que les peuples autochtones existent en droit international est relié à leur exclusion de la distribution de la souveraineté initiée par la colonisation, distribution qui est maintenue au cœur de l'ordre juridique international.⁷³⁷ Cependant, ces mêmes revendications, en raison de l'incohérence de leurs fondements normatifs, sont confrontées à leur tour à un risque bien réel de perte de légitimité. La polarisation actuelle de ces fondements autour des concepts de souveraineté historique et de culture particulière en est un témoin éloquent.

Cependant, à la lumière des développements institutionnels et normatifs qui se sont déployés au niveau international depuis le milieu du dernier siècle, ces fondements se sont révélés de puissants véhicules rhétoriques pour capter l'attention des organes décisionnels et leur faire prendre conscience de la nécessité de repenser la conception individualiste alors dominante des droits des minorités. La légitimité de l'idée d'une protection d'un groupe exposé aux décisions d'une majorité gagnera peu à peu sa place dans la pensée des auteurs contemporains et, de façon concomitante, en droit. Cependant, cette reconnaissance des droits collectifs destinés à la protection d'un groupe passera par une redéfinition et non une négation de la doctrine des droits de l'homme. Cette dernière maintient résolument ses racines dans une tradition philosophique libérale qui ne saurait remettre en question ses postulats fondamentaux ancrés dans la liberté et l'autonomie de l'individu.

Le processus de création de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones* aurait pu être une occasion intéressante pour tenter de résorber ces tensions et de présenter une approche juridique libérée des différents problèmes théoriques provoqués par ces fondements normatifs divergents. Son approche s'est articulée à partir du principe d'autodétermination des peuples qui, entendu comme un droit humain fondamental, permettrait de rectifier les carences de

⁷³⁷ P. MACKLEM, préc., note 240, 210.

légitimité dont souffrent les États. Le résultat est cependant mitigé, étant donné que les fondements historiques et culturels se retrouvent en filigrane des différentes facettes de ce droit à l'autodétermination. Les institutions internationales ne semblent donc pas être en mesure de pouvoir produire une théorie unique de justification du traitement particulier des autochtones. Mais peut-être n'était-ce justement pas le rôle de la Déclaration de résoudre cette problématique.

Le rôle de cette dernière est plutôt celui, plus humble mais tout aussi important, d'offrir aux peuples autochtones du monde, dont le statut est extrêmement variable en fonction de leur situation et de leur contexte politique, autant d'outils juridiques que possible afin de mener à bien la poursuite de leur libre-détermination, fût-ce au prix d'une incohérence conceptuelle. Cette nécessité justifie à elle seule le besoin de reconnaître la justesse des droits prévus dans la Déclaration, et particulièrement leur caractère collectif. D'ailleurs, malgré cette incohérence, nous devons souligner que cet instrument a été créé selon un processus consensuel unique qui lui procure une grande légitimité. De plus, le droit à l'autodétermination des peuples autochtones qui y est affirmé constitue, après tout, le seul vecteur d'émancipation imaginé par le droit international qui semble capable de répondre à leurs aspirations légitimes. De surcroît, ne serait-il pas possible d'affirmer que le processus même d'adoption de la Déclaration constitue une manifestation concrète de ce droit à l'autodétermination dont la formulation juridique appropriée semble encore échapper aux esprits les plus fins? Enfin, la Déclaration est le seul instrument international qui précise le sens de ce droit qui et s'attaque fermement aux biais historiques issus du colonialisme. Ainsi, même les fondements les plus controversés à l'origine d'une protection particulière des cultures autochtones seraient nécessaires afin de forcer une première reconnaissance de ces minorités politiques.

Cependant si les périls engendrés par ces différents fondements normatifs ne semblent pas représenter de danger dans la quête immédiate —et urgente— des revendications autochtones, ces fondements finiront éventuellement par se heurter aux piliers philosophiques de notre organisation politique. Le développement rapide du corpus normatif qui porte une attention spécifique aux peuples autochtones, et ce, dans un éventail de domaines très différents, risque de précipiter cette rencontre. Ainsi, une attention particulière à la spécificité autochtone dans des domaines très

divers est en pleine émergence, par exemple en droit environnemental et en développement économique. Or, les multiples institutions qui seront appelées à créer et à appliquer ces normes spécialement conçues pour les autochtones risquent, peut-être, de contribuer à exacerber les différentes conceptualisations des régimes normatifs autochtones.

Une autre conséquence, provenant cette fois des instigateurs même de ces revendications, concerne l'appropriation de l'identité autochtone. Comme le fait remarquer Kymlicka, le fait que les peuples autochtones aient réussi plus que tout autre minorité politique à porter leur cause au niveau supranational —réussite qui s'est vue récompensée par la constitution d'un corpus de normes exclusives— rend le statut d'autochtone particulièrement attrayant pour les autres groupes subnationaux en quête d'autonomie politique.⁷³⁸ Nombre de ces groupes s'approprient en conséquence le statut d'autochtones, profitant de la souplesse de ses critères de définition. Il est en effet extrêmement difficile, malgré l'insistance de la doctrine et des travaux institutionnels sur la question, de déterminer la teneur d'un lien territorial profond antérieur à celui d'un autre groupe, de mesurer le caractère distinct d'une culture donnée ou encore le degré de marginalisation d'un groupe de façon précise, sans risquer de s'enfoncer dans les terrains dangereux de la folklorisation de l'Autre.

L'un des principaux objectifs de la Déclaration visait justement à uniformiser les droits des autochtones existants et fournir des lignes directrices claires aux législateurs internationaux appelés à garantir une protection particulière aux autochtones. Or si l'ensemble de la Déclaration constitue une présentation parcellaire des différents fondements normatifs des revendications autochtones, enchevêtrés dans une identité distincte qui ne peut se passer de l'un d'entre eux, les politiques institutionnelles qui se développeront en fonction de ces lignes directrices risquent de reproduire cette vision fragmentée. La question autochtone vis-à-vis de la philosophie politique libérale ressurgira inévitablement à un moment ou un autre. Cette fragilité des fondements théoriques du droit international risque de renvoyer la question autochtone devant les instances nationales.

⁷³⁸ W. KYMLICKA, «Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy?», dans S. ALLEN et A. XANTHAKI (dir.) préc., note 164.

Ce retour au niveau national ne devrait cependant pas être considéré comme une régression de la cause autochtone, rebutée par les limites inhérentes du système international qui n'a pas su lui fournir un fondement normatif unifié. Au contraire, les négociations entre peuples autochtones et États disposent dorénavant d'un corpus normatif qui, sans être parfaitement cohérent —mais une telle cohérence n'est-elle pas qu'un mirage de rationaliste impénitent— offre les repères essentiels à une reconstruction politique en quête de légitimité et de justice.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

Monographies et ouvrages collectifs

ANAYA, S. J., *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 1996

ANAYA, S. J., *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 2004

ALFREDSSON, G. et M. STAVROPOULOU (dir.), *Justice Pending : Indigenous Peoples and Other Good Causes*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2002

ARBOUR, J.-M., *Droit international public*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006

BELKACEMI, N., *Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne*, Montpellier, Université de Montpellier, 1996

CASTELLINO J., et N. WALSH (dir.), *International Law and Indigenous Peoples*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005

COMBACAU, J. et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004

DEROCHE, F., *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre, un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008

DU PLESSIS, M. et S. PETÉ (dir.), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Oxford, Intersentia, 2007

FLANAGAN, T., *First Nations? Second Thoughts*, 2^e éd., Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008

FRITZ, J.-C., F. DEROCHE, G. FRITZ et R. PORTEILLA, *La nouvelle question indigène: Peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2005

GARCIA-ALIX, L., *The Permanent Forum on Indigenous Issues*, Copenhague, IWGIA, 2003

GILBERT, J., *Indigenous peoples' land rights under international law : from victims to actors*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2006

GRAMMOND, S., *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 2003

GROUPE INTERNATIONAL DE TRAVAIL POUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Droits territoriaux des peuples autochtones*, Paris, L'Harmattan, 2005

HAVEMANN, P., (dir.), *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, & New-Zealand*, Oxford, Oxford university Press, 1999

HENDERSON, J. Y., *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000

HENDERSON, J. Y., *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition*, Saskatoon, Purich Publishing, 2008

HILLING, C., *Le système interaméricain de protection des droits de la personne et l'adhésion du Canada à l'OEA*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de Droit, 1992

IMBLEAU, M. (dir.), *Code international des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 2000

INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA, *Citizen Plus*, Edmonton: s.n., 1970

ISAAC, T., *Aboriginal Law – Commentary, Cases and Materials, Third Edition*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004.

IVISON, D., P. PATTON et W. SANDERS, *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000

KYMLICKA, W., *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Éditions du Boréal, 2001

MORIN, M., *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Éditions du Boréal, 1997

NIEZEN, N., *The Origins of Indigenism; Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, Berkeley, 2003

NATIONS UNIES, CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Les Droits des peuples autochtones*, Genève, Office des Nations Unies, 1997

NOZICK, R., *Anarchie, État et utopie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008

OTIS G., et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996

PRITCHARD, S., *Setting International Standards: An Analysis of the United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, New South Wales, Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, 1998

ROULAND, N., (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996

ROULAND, N., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002

ROY, I., *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006

SAMBO DOROUGH, D., *The status and rights of indigenous peoples in international law : the quest for equality*, Faculty of Law, University of British Columbia, 2002

SCHABAS, W., *Droit international des droits de la personne*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997

SHAW, K., *Leviathan's Angels-Indigenous Politics and the Limits of the Political*, Baltimore, The Johns Hopkins University, 1999

SHULTE-TENCKHOFF, I., *La question des peuples autochtones*, Bruxelles, Bruylant, 1997

STAMATOPOULOU, E., *Cultural Rights in International Law : Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

STAVENHAGEN, R. et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009

THORNBERRY, P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002

TULLY, J., *Une étrange multiplicité: Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, coll. Prisme, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1999

VANDENHOLE, W., *The Procedures Before the UN Human Rights Treaty Bodies : Divergence or Convergence?*, Oxford, Intersentia, 2004

VIALE, C., *L'Instance permanente sur les questions autochtones de l'Organisation des Nations Unies*, Thèse de droit, Aix-Marseille III, 2003

XANTHAKI, A., *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

ALLEN, S., «The Consequences of Modernity for Indigenous Peoples: An International Appraisal» (2006) 13 *Int'l J. on Minority & Group Rts.* 315

ALLEN, S., «The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context», dans S. ALLEN et A. XANTHAKI (dir.) *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010

AHRÉN, M., «The Provisions on Land, Territories and Natural Resources in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples : An Introduction», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, p. 200

ANAYA, S. J., «The Contours of Self-Determination and its Implementation: Implications of Developments Concerning Indigenous Peoples», dans G. ALFREDSSON et M. STAVROPOULOU (dir.), *Justice Pending : Indigenous Peoples and Other Good Causes*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 5

ANAYA, S. J., «The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, p. 184

ANAYA, S. J. et C. GROSSMAN, «The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples» (2002) 19 (1) *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 1

BANKES, N., «Natural Resources Projects, Indigenous Peoples and the Role of International Law» (2004) 87 *Resources* 1

BARSH, R. L., «Indigenous Peoples in the 1990's: From Objects to Subjects of International Law» (1994) 7 *Harv. H. R. J.* 33

BENEDICT, J., «The Melodrama of Difference (Or, the Revenge of the Colonized)», (2006) 3 (1) *International Journal of Baudrillard Studies* 1

BERN, J. et S. DODDS, «On the Plurality of Interests : Aboriginal Self-government and Land Rights», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 163

BURGER, J., «The United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», (1996) 9 *St. Thom L. Rev.* 209

BRYANT, M. J., «Aboriginal Self-Determination : The Status of Canadian Aboriginal Peoples at International Law», (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 267

CHARTERS, C., «The Legitimacy of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», dans R. STAVERNHAGEN et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhague, IWGIA, 2009, p. 280

CHÁVEZ, L. E., «The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Breaking the Impasse: the Middle Ground», dans R. STAVERNHAGEN et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhague, IWGIA, 2009, p. 96

CHRISTIE, G., «A colonial reading of recent Jurisprudence: *Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation*» (2005) 23 *Windsor Y.B. Access Just.* 17

CHRISTIE, G., «Culture, Self-Determination and Colonialism: Issues Around the Revitalization of Indigenous Legal Traditions» (2007) 6 (1) *Indigenous Law Journal* 14

CLAVERO, B., «The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies» (2005) 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 41

CONNOLLY, W. E., «The Liberal Image of the Nation», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 183

COULTER, R. T., «The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: What is it? What Does it Mean?» (1995) 13 (2) *Netherlands quarterly of human rights* 123

DAES, E.-I., «Dilemmas posed by the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (1994) 63 *Nordic J. Int'l L.* 205

DAES, E.-I., «Equality of Indigenous Peoples under the Auspices of the United Nations – Draft declaration on the Rights of Indigenous Peoples», (1994) 7 *St. Thom L. Rev.* 493

DAES, E.-I., «The Concepts of Self-determination and Autonomy of Indigenous Peoples in the Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2001) 14 *St. Thom L. Rev.* 259

DAES, E.-I., «An Overview of the History of Indigenous peoples: Self-Determination and the United Nations» 2008 (21) 1 *Cambridge Review of International Affairs* 8

DEROCHE, F., «La notion de “peuples autochtones” : une synthèse des principaux débats terminologiques», dans J.-C. FRITZ, F. DEROCHÉ, G. FRITZ et R. PORTEILLA, *La nouvelle question indigène: Peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 47

DU PLESSIS, M., «Reparations and International Law : How Are Reparations to Be Determined (Past Wrong or Current Effects), Against Whom, and What Form Should They Take?», dans M. DU PLESSIS et S. PETÉ (dir.), *Repairing the Past?*

International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses, Oxford, Intersentia, 2007, p. 147

DU PLESSIS, M. et S. PETÉ, «Reparations for Gross Violations of Human Rights in Context», dans M. DU PLESSIS et S. PETÉ (dir.), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Oxford, Intersentia, 2007, p. 3

EISENBERG, A., «Reasoning about identity: Canada's Distinctive Culture Test» dans A. EISENBERG (dir.), *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2006, p. 34

FLERAS, A., «Politicising Indigeneity: Ethno-Politics in White Settler Dominions», dans Paul HAVEMANN (dir.), *Indigenous People's Rights in Australia, Canada, and New-Zealand*, Auckland, Oxford University Press, 2000, p. 187

FOSTER, C. E., «Articulating Self-Determination in the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», (2001) 12 (1) *E.J.I.L.* 141.

FREEMAN, M., «Back to the Future : The Historical Dimension of Liberal Justice», dans Max DU PLESSIS et Stephen PETÉ (dir.), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Oxford, Intersentia, 2007, p. 29

GRAMMOND, S., «L'identité autochtone saisie par le droit» (2001) 15 (1) *Lex electronica* 287

GUNN, B. L., «Protecting Indigenous Peoples' Lands: Making Room for the Application of Indigenous Peoples' Laws Within the Canadian Legal System» (2007) 6 (1) *Indigenous Law Journal* 31

HAVEMANN, P., «Indigenous Peoples, the State and the Challenge of Differentiated Citizenship: A formative Conclusion», dans P. HAVEMANN (dir.), *Indigenous People's Rights in Australia, Canada, and New-Zealand*, Auckland, Oxford University Press, 2000, p. 468

HENDERSON, J. S., «Postcolonial Indigenous legal Consciousness» (2002) 1 *Indigenous L. J.* 1

HILLING, C., «La protection des droits des peuples autochtones et de leurs membres dans les Amériques» (1996) 41 *McGill L. J.* 855

HUFF, A., «Indigenous Land Rights and the New Self-determination» (2005) 16 *J. Int'l L. & pol'y* 295

INGRAM, D., «Between Political Liberalism and Postnational Cosmopolitanism-Toward an Alternative theory of Human Rights» (2003) 31 (3) *Political Theory* 359

KINGSBURY, B., «Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy», (1998) 92 *Am. J. Int'l. L.* 414

- KINGSBURY, B., «Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law», (2001-2002) 34 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 189
- KUTHAKAS, C., «Liberalism, Multiculturalism and Oppression», dans Andrew VINCENT (dir.), *Political Theory : Tradition & Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 132
- KYMLICKA, W., «Theorizing Indigenous Rights», (1999) 49 *U. Toronto L. J.* 281
- KYMLICKA, W., «American multiculturalism and the 'Nations Within'», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 216
- KYMLICKA, W., «Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy?», dans S. ALLEN et A. XANTHAKI (dir.) *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010
- KOUBI G. et I. SHULTE-TENCKHOFF, «“Peuples autochtones” et “minorité” dans les discours juridiques : imbrications et dissociations», (2000) (45) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1
- LABEAU, P.-C., «Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes: son application aux peuples autochtones» (1996) 37 (2) *Les Cahiers de Droit* 507
- Lajoie, A. et É. GÉLINEAU-ASSERAY, «Les conceptions canadiennes des droits ancestraux», (2004) 38 *R.J.T.* 489
- LECLAIR, J., «Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales», (2010) 14 (1) *Lex Electronica* 1
- LÉGER, M., «L'histoire de la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones», (2007) XXXVII (2-3) *R.A.Q.* 145
- MAAKA, R. et A. FLERAS, «Engaging with Indigeneity : Tino Rangatiratanga in Aotearoa», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 89
- MACKLEM, P., «The Wrong Vocabulary of Right: Minority Rights and the Boundaries of Political Community» dans A. SAJÓ (dir.), *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, Netherlands, Eleven International, 2006, p. 255, à la page 259
- MACKLEM, P., «Indigenous Recognition in International Law : Theoretical Observations» (2008) 30 (1) *Michigan International Law Journal* 177
- MAGNET, J. E., «Who are the aboriginal people of Canada?», dans J. E. MAGNET (dir.), *Aboriginal Rights Litigation*, LexisNexis Butterworth, Markham, 2003, p. 23

MORGAN, R., «Advancing indigenous Rights at the United Nations : Strategic Framing and its Impact on the Normative Development of International Law» (2004) 13 (4) *Social & Legal Studies* 481

MYNNTI, K., «The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination and Effective Participation», dans Pekka AIKO et M. SHEININ (dir.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000, p. 85

NIEZEN, R., «Culture and the Judiciary: The Meaning of the Culture Concept as a Source of Aboriginal Rights in Canada» (2003) 18 (2) *Canadian Journal of Law and Society* 1

OESTREICH, J. E., «Liberal Theory and Minority Rights Groups» (1999) 21 *Human Rights Quarterly* 108

OGUAMANAM, C., «Indigenous Peoples and International Law : The Making of a Regime», (2004) 30 *Queen's L.J.* 348

OTIS, G., «Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones» (1999) *C. de D.* 545

PETTIT, P., «Minority Claims Under Two Conceptions of Democracy», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 199

PERRIN, C., «Approaching Anxiety: the Insistence of the Postcolonial in the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (1995) VI (1) *Law and Critique* 55

PRASAD, V., «The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Flexible Approach to Addressing the Unique Needs of Varying Populations» (2008-2009) 9 *Chi. J. Int'l L.* 297

Recherches amérindiennes au Québec (1990) vol. XX, No 2

REGINO MONTES, A. et G. TORRES CISNERO, «The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: the Foundation of a New Relationship between Indigenous Peoples, States and Societies», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, p. 138

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., «“Where Appropriate” : Monitoring/Implementing of Indigenous Peoples' Rights Under the Declaration», dans R. STAVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, p. 314

SHEININ, M., «Indigenous Peoples' Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights», dans J. CASTELLINO et N. WALSH (dir.), *International Law and Indigenous Peoples*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 3

- SIMARD, J.-J., «Comment consoler les autochtones?», dans T. FLANAGAN, *Premières Nations? Seconds regards*, Sillery, Septentrion, 2002, p. 227
- SLATTERY, B., «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 *Revue du Barreau Canadien* 727
- SPAULDING, R., «Peoples as National Minorities: A Review of Will Kymlicka's Arguments for Aboriginal Rights from a Self-Determination Perspective» (1997) 47 *U. Toronto L. J.* 35
- TAYLOR, C., «Les raisons du *self-government* autochtone», dans T. FLANAGAN, *Premières Nations? Seconds regards*, Sillery, Septentrion, 2002, p. 246
- THORNBERRY, P., «The Convention on the Elimination of Racial Discrimination, Indigenous Peoples and Caste/Descent-Based Discrimination», dans J. CASTELLINO et N. WALSH (dir.), *International Law and Indigenous Peoples*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 17
- TULLY, J., «The Struggles of Indigenous Peoples for and of Freedom», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 36
- WALDRON, J., «Indigeneity? First Peoples and Last Occupancy» (2003) 1 *New Zealand Journal of Public and International Law* 56
- WIESSNER, S., «Rights and Status fo Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis» (1999) 12 *Harv. Hum. Rts. J.* 57
- WIESSNER, S., «Indigenous Sovereignty: A Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2008) 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1141
- WILLIAMS JR., R. A., «Encounters on the Frontier of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous People's Survival in the World», (2010) (1990) *Dukes Law Journal* 660
- WALTERS, M. D., «The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982», (1999) 44 *R.D. McGill* 711
- WEBBER, J., «Beyond Regret: Mabo's Implications for Autralian Constitutionalism», dans D. IVISON , P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 60
- WILLEMSSEN-DIAZ, A., «How Indigenous Peoples' Rights Reached the UN», dans Rodolpho STAIVENHAGEN et C. CHARTERS (dir.), *Making the Declaration Work : the United Nation Declaration on Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, p. 16
- YOUNG, I. M., «Hybrid Democracy : Iroquois Federalism and the Postcolonial Project», dans D. IVISON, P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, p. 237

Documents gouvernementaux (Canada)

La politique indienne du gouvernement du Canada, présentée à la première session du 28^e parlement par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1969

COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ministère des Approvisionnement et Services, Ottawa, 5 volumes, 1996

Documents internationaux

Organisation des Nations Unies

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 14, Définition de la discrimination, U.N. Doc. A/48/18, 1990

Commission on Human Rights, Indigenous Peoples' Right to Restitution, Doc. N.U. E/CN.4/2005/WG.15/CRP.4, 2005

Commission on Human Rights, "General provisions" of the Draft U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Doc. N.U. E/CN.4/2005/WG.15/CRP.2 (24 novembre 2005)

Document de travail final établi par le rapporteur special, Mme Erica-Irène Daes, Les peuples autochtones et leur relation à la terre, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/2001/21, 2001

Document de travail sur la notion de peuple autochtone, Rapport final du Rapporteur spécial, Mme Erica-Irene Daes, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996

Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Rapport final du Rapporteur spécial, José R. Martínez Cobo, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 Add. I, 1986

Études des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, Rapport final, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1999/20, 1999

Fiche d'information no9 (Rev. 1), Nations Unies, décembre 1997

General recommendation IX, Independance of experts (Application of Art. 8, par. 1), Doc. N.U. A/45/18, 1990

Information on achievements of the Working Group: Note by the secretariat, Doc N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/CRP.1, 30 juin 2006, annexe II

Instance permanente sur les questions autochtones, Rapport sur les travaux de la neuvième session (19-30 avril 2010), Doc. N.U. E/C.19/2010/15, Supp. 23

Legal commentary on the concept of free, prior and informed consent, Doc. N. U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 2005

Manuel des procédures spéciales des droits de l'homme de l'ONU, disponible sur le site du Haut-Commissariat des Nations Unies sur les droits de l'homme, en ligne : <<http://www2.ohchr.org/french/bodies/chr/special/index.htm>>, juin 2006

Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, 19 juillet 1993.

Note du Secrétariat : Matrice sur les mécanismes et organes des Nations Unies relatifs aux Peuples autochtones, Doc. N.U. IMWGIP/2007/CRP.1, 6-7 décembre 2007

Observation générale 23, Article 27: Protection des minorités, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), en ligne : <<http://hrlibrary.ngo.ru/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm>>

Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Australie, Doc. N.U. A/49/18, 19 septembre 1994.

Permanent Forum on Indigenous Issues : A draft guide on the relevant principles contained in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, International Labour Organisation Convention No. 169 and International Labour Organisation Convention No. 107 that relate to Indigenous land tenure and management arrangements, Doc. N.U. E/C.19/2009/CRP.7, 21 avril 2009

Politique du Programme des nations unies pour le développement pour les peuples autochtones, disponible sur le site du PNUD, en ligne : <www.undp.org/partners/civil_society/publications/indigenous/IPPolicyEnglish.doc>

Protection du patrimoine des populations autochtones, Rapport final du Rapporteur spécial, Mme Erica-Irene Daes, Doc. N. U. E/CN.4/Sub.2/1995/26, 21 juin 1995

Rapport du Groupe de travail de la commission des Droits de l'homme, Doc. N.U. E/CN.4/6/2003/92, 2003

Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M. Rodolpho Stavenhagen, «Indigenous issues», Doc. N.U. E/CN.4/2006/78/Add.1, 2006

Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M. Rodolpho Stavenhagen, *Mission aux Philippines*, Doc. N.U. E/CN.4/2003/90/Add.3, 2003

Rapport de la révision des programmes, mécanismes et procédures existants pour les populations autochtones préparée par le Secrétaire-Général des Nations Unies, Doc. N.U. A/51/493, octobre 1996

Recommandation générale XXI. Le Droit à l'autodétermination. Doc. N. U. A/51/18, 1996

Recommandation générale XXIII (51) concernant les peuples autochtones, Adoptée à la 1235^e réunion du Comité, le 18 août 1997, Doc. N.U. CERD/C/51/Misc.13/Rev.4

Recommandation générale XXXI sur la discrimination raciale dans l'administration de la justice et le fonctionnement du système de justice pénale, Doc. Off. A.G. A/48/18, ann. III, 2005

Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people[s], S. James Anaya : The Human Rights of Indigenous Peoples, in Light of the New Declaration, and the Challenge of Making them Operative, Doc. N.U. A/HRC/9/9, 5 août 2008

Report on the Working Group established in accordance with Commission on Human Rights resolution, 1995/32 of 3 march 1995, Doc. N. U. E/CN.4/1996/84, 1996

Review of Existing Mechanisms Within UN concerning Indigenous People, Report of the Secretary-General, Doc. N.U. UN/GA Doc : A/51/493, octobre 1996.

Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles, Rapport Final, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/2004/30, 2004

107^e scéance plénière de l'Assemblée générale des Nations Unies, procès verbal, Doc. N.U. A/61/PV. 107, 13 septembre 2007

Organisation internationale du Travail

Indigenous & Tribal Rights in practice : A Guide to ILO Convention No. 169, p. 61 et 179. Document disponible sur le site de l'Organisation internationale du Travail, en ligne : <<http://www.ilo.org/indigenous/lang--en/index.htm>>

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and recommendations: General Report and Observations Concerning Particular Countries, Report 3 (pt. 4A), International Labour Conference, 81st session, p. 349, 1994

Organisation des États américains

Maya indigenous Communities of the Toledo District, Belize, report no. 40/04, Case 12.053, october 12, 2004

Report on the Situation of Human Rights in Ecuador, O.A.S. Doc. OEA/Ser. L/V/II/96, Doc. 10, rev. 1 (1997), ch. VIII, 1997

Législation et réglementation

Canada

Charte canadienne des droits et libertés (partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)])

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), c. I-5

Organisation des Nations Unies

Charte des Nations Unies, C.N.O.U.I., vol. 15, p. 365, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, 26 juin 1945

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, A.G. res. 2106 A(XX), Annexe, 20 U.N. GAOR Supp. (n° 14) à la page 47, U.N. Doc. A/6014 (1966)

Convention relative aux droits de l'enfant, Rés. AG 44/25, Doc. N. U. A/44/49 (1989)

Convention sur la diversité biologique, [1993] R. T. Can. n° 24, 22 mai 1992

Convention sur la répression du crime de génocide, 1948, 78 R.T.N.U. 277, R.T. Can. 1949 n° 27

Convention de Vienne sur le droit des traités (1978) 1155 R.T.N.U. 331, 23 mai 1969

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Doc. N.U. A/61/L.67, 13 septembre 2007

Déclaration et programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, 14-25 juin 1993, reproduit dans Martin IMBLEAU (dir.), *Code international des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, p. 409

Declaration of Principles for the Defense of Indigenous Peoples of the Indigenous Nations and Peoples of the Western Hemisphere, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/476/Add.5, Annexe 4 (1981)

Declaration on non self-governing territories, G.A. Res. 1541 (XV), Dec. 15, 1960, principe 6, U.N. GAOR, 15th sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/4684 (1961)

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, Rés. A.G. 2625(XXV), Doc. off. A.G. 25 session, supp. n° 28, p. 131, Doc. N.U. A/5217 (1970)

Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, Rés. AG 1514 (XV), Doc. Off. AG NU, 15e sess., U.N. Doc. NU A/4684 (1960)

Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1, annexe V (1982)

Déclaration universelle des droits de l'homme, Res. A.G. 217A (III), Doc U.N. A/810 à 71 (1948)

Operational Directive 4.20, Indigenous Peoples, The World Bank Operational Manual, Washington, D.C., 1991

Operational Policy OP 4.10, Indigenous Peoples, march 23, 2001, en ligne; <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL>>

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1976, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 46

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1976, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 n° 47.

Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones, Déc. CDH 1994/2, Doc. Off. CDH NU, 1994, Supp.1, Doc. NU E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) R.T.N.U. 306

Organisation internationale du Travail

Constitution de l'Organisation internationale du Travail, 15 U.N.T.S. 35 (1919)

C169 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, *Bulletin officiel*, Bureau international du travail, vol. LXXII (1989), Série A, n° 2, p. 63

C157 Convention relative aux populations indigènes et tribales, 1957, *Bulletin officiel*, Bureau international du travail, vol. XL, n° 1 (1957), p. 12

Organisation des États américains

Charte de l'Organisation des États américains, (1952) R.T.N.U. 4, 46 *A.J.I.L. Supp.* 43, telle qu'amendée par le *Protocole de Buenos Aires*, (1970) 721 R.T.N.U. 324, [1990] R.T. Can. n° 23

Convention américaine relative aux droits de l'homme, Doc. off. OÉA/Ser. K/XVI/1.1/doc. 65 rev. 1, 22 novembre 1969

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, 43 *A.J.I.L. Supp.* 33, OÉA Doc. off. OÉA/Ser. L/V/II.23/doc. 21 rev. 6 (1949)

Projet de déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones, Comm. Interam. D.H., Doc Off. OÉA/Ser./L.V/II.90, Doc. 9, rev. 1, 26 août 1994. Traduction française non officielle reproduite dans OTIS, G. et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 145

Statut de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme, approuvé par la Résolution n°1 447 (IX-O/79) adoptée par l'Assemblée générale de l'*Organisation des États américains* à sa 9e session ordinaire tenue à La Paz, Bolivie, octobre 1979

Resolution on special protection for indigenous populations, Inter-American Comm. on Human Rights, Dec. 28, 1972, O.A.S. Doc. OEA/Ser.P, AG/Doc 305/73 rev. 1

Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Adopté par la Commission lors de sa 109e session extraordinaire tenue du 4 au 8 décembre 2000, et modifié lors de sa 116e période ordinaire de sessions, tenue du 7 au 25 octobre 2002

Jurisprudence et décisions rendues par des organes de surveillance conventionnelle

Canada

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010

Guérin c. Canada, [1984] 2 R.C.S. 335

Mitchell c. M.R.N., [2001] 1 R.C.S. 911

Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511

R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771

R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139

R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723

R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821

R. c. Powley, [2003] A.C.S. n° 43

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507

R. c. Sappier; R. c. Gray, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54

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

Australie

Mabo c. Queensland, 175 CLR 1 (1992)

Cour internationale de justice

Affaire de l'Île de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas), CPJI, Sentences arbitrales du 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II. Source documentaire de la traduction française (non-officielle) : (1935) 42 R.G.D.I.P. 156

Portugal c. Australie, C.I.J., Recueil, 1995, p. 90

Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Bernard Ominayak, Chef de la Bande de Lubicon Lake c. Canada, Communication n° 167/1984, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Doc. GAOR, 45^e Sess., Supp. n° 40, 1984

Hopu et Bessert c. France, Doc. N. U. CCPR/C/60/D/549/1993, 1993

Kitok c. Suède, Communication n° 197/1985, Doc. N.U. CCPR/C/33/D/1985, 1985

Mikmaq tribal Society c. Canada, Communication n° 78/1980, *Rapport du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies*, U.N. GAOR. 39eme Sess., Supp. n° 40, 1980

Lansmänn et al. c. Finlande, Doc N.U. CCPR/C/52/D/511/1992, 1992

Sandra Lovelace c. Canada, Communication n° 24/1977/, Doc. N.U. CCPR/C/13/D/24/1977, 1977

Organisation internationale du Travail

CEACR: *Demande directe individuelle concernant la convention No 169, Peuples indigènes et tribaux, 1989*, Colombie (ratification: 1991) Expédition: 2001, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/french/newcountryframeF.htm>

RCCIT: *Examen individuel du cas concernant la convention No 169, Peuples indigènes et tribaux, 1989*, Mexique (ratification: 1990) Publication: 2000, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/french/newcountryframeF.htm>

RCCIT: *Examen individuel du cas concernant la convention No 169, Peuples indigènes et tribaux, 1989*, Mexique (ratification: 1990) Publication: 1995, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/french/newcountryframeF.htm>

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Comunidad Indigena Yakye Axa c. Paraguay, arrêt, (06 février 2006) CIDH, en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_ing.pdf

Moiwana Village c. Suriname, requête n°11821, arrêt, (15 juin 2005) CIDH, en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf

Saramaka People c. Suriname, requête n° 12338, arrêt, (28 novembre 2007) CIDH, en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf

Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, requête n°0322/2001, arrêt, (29 mars 2006) CIDH, en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf

The Mayagna (sumo) Awas Tingni community c. Nicaragua, requête n°11577, arrêt, (31 août 2001) CIDH, en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf

ANNEXE. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 13 septembre 2007

L'Assemblée générale,

Guidée par les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et convaincue que les États se conformeront aux obligations que leur impose la Charte,

Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels,

Affirmant également que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui constituent le patrimoine commun de l'humanité,

Affirmant en outre que toutes les doctrines, politiques et pratiques qui invoquent ou prônent la supériorité de peuples ou d'individus en se fondant sur des différences d'ordre national, racial, religieux, ethnique ou culturel sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes,

Réaffirmant que les peuples autochtones, dans l'exercice de leurs droits, ne doivent faire l'objet d'aucune forme de discrimination,

Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts,

Consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources,

Consciente également de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits des peuples autochtones affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États,

Se félicitant du fait que les peuples autochtones s'organisent pour améliorer leur situation sur les plans politique, économique, social et culturel et mettre fin à toutes les formes de discrimination et d'oppression partout où elles se produisent,

Convaincue que le contrôle, par les peuples autochtones, des événements qui les concernent, eux et leurs terres, territoires et ressources, leur permettra de perpétuer et de renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions et de promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins,

Considérant que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion,

Soulignant la contribution de la démilitarisation des terres et territoires des peuples autochtones à la paix, au progrès économique et social et au développement, à la compréhension et aux relations amicales entre les nations et les peuples du monde,

Considérant en particulier le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs enfants, conformément aux droits de l'enfant,

Estimant que les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international,

Estimant également que les traités, accords et autres arrangements constructifs, ainsi que les relations qu'ils représentent, sont la base d'un partenariat renforcé entre les peuples autochtones et les États,

Constatant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels(2) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques(2), ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne(3), affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel,

Consciente qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international,

Convaincue que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi,

Encourageant les États à respecter et à mettre en œuvre effectivement toutes leurs obligations applicables aux peuples autochtones en vertu des instruments internationaux, en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, en consultation et en coopération avec les peuples concernés,

Soulignant que l'Organisation des Nations Unies a un rôle important et continu à jouer dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones,

Convaincue que la présente Déclaration est une nouvelle étape importante sur la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones et dans le développement des activités pertinentes du système des Nations Unies dans ce domaine,

Considérant et réaffirmant que les autochtones sont admis à bénéficier sans aucune discrimination de tous les droits de l'homme reconnus en droit international, et que les peuples autochtones ont des droits collectifs qui sont indispensables à leur existence, à leur bien-être et à leur développement intégral en tant que peuples,

Considérant que la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels,

Proclame solennellement la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont le texte figure ci-après, qui constitue un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel :

Article premier

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme(4) et le droit international relatif aux droits de l'homme.

Article 2

Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones.

Article 3

Les 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.

Article 4

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes.

Article 5

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État.

Article 6

Tout autochtone a droit à une nationalité.

Article 7

1. Les autochtones ont droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la liberté et à la sécurité de la personne.
2. Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de

génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre.

Article 8

1. Les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture.
2. Les États mettent en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant :
 - a) Tout acte ayant pour but ou pour effet de priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles ou leur identité ethnique ;
 - b) Tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources ;
 - c) Toute forme de transfert forcé de population ayant pour but ou pour effet de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits ;
 - d) Toute forme d'assimilation ou d'intégration forcée ;
 - e) Toute forme de propagande dirigée contre eux dans le but d'encourager la discrimination raciale ou ethnique ou d'y inciter.

Article 9

Les autochtones, peuples et individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone, conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée. Aucune discrimination quelle qu'elle soit ne saurait résulter de l'exercice de ce droit.

Article 10

Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour.

Article 11

1. Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.
2. Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

Article 12

1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.
2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en

leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés.

Article 13

1. Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir et de conserver leurs propres noms pour les communautés, les lieux et les personnes.
2. Les États prennent des mesures efficaces pour protéger ce droit et faire en sorte que les peuples autochtones puissent comprendre et être compris dans les procédures politiques, juridiques et administratives, en fournissant, si nécessaire, des services d'interprétation ou d'autres moyens appropriés.

Article 14

1. Les peuples autochtones ont le droit d'établir et de contrôler leurs propres systèmes et établissements scolaires où l'enseignement est dispensé dans leur propre langue, d'une manière adaptée à leurs méthodes culturelles d'enseignement et d'apprentissage.
2. Les autochtones, en particulier les enfants, ont le droit d'accéder à tous les niveaux et à toutes les formes d'enseignement public, sans discrimination aucune.
3. Les États, en concertation avec les peuples autochtones, prennent des mesures efficaces pour que les autochtones, en particulier les enfants, vivant à l'extérieur de leur communauté, puissent accéder, lorsque cela est possible, à un enseignement dispensé selon leur propre culture et dans leur propre langue.

Article 15

1. Les peuples autochtones ont droit à ce que l'enseignement et les moyens d'information reflètent fidèlement la dignité et la diversité de leurs cultures, de leurs traditions, de leur histoire et de leurs aspirations.
2. Les États prennent des mesures efficaces, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones concernés, pour combattre les préjugés et éliminer la discrimination et pour promouvoir la tolérance, la compréhension et de bonnes relations entre les peuples autochtones et toutes les autres composantes de la société.

Article 16

1. Les peuples autochtones ont le droit d'établir leurs propres médias dans leur propre langue et d'accéder à toutes les formes de médias non autochtones sans discrimination aucune.
2. Les États prennent des mesures efficaces pour faire en sorte que les médias publics reflètent dûment la diversité culturelle autochtone. Les États, sans préjudice de l'obligation d'assurer pleinement la liberté d'expression, encouragent les médias privés à refléter de manière adéquate la diversité culturelle autochtone.

Article 17

1. Les autochtones, individus et peuples, ont le droit de jouir pleinement de tous les droits établis par le droit du travail international et national applicable.
2. Les États doivent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, prendre des mesures visant spécifiquement à protéger les enfants autochtones contre l'exploitation économique et contre tout travail susceptible d'être dangereux ou

d'entraver leur éducation ou de nuire à leur santé ou à leur développement physique, mental, spirituel, moral ou social, en tenant compte de leur vulnérabilité particulière et de l'importance de l'éducation pour leur autonomisation.

3. Les autochtones ont le droit de n'être soumis à aucune condition de travail discriminatoire, notamment en matière d'emploi ou de rémunération.

Article 18

Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.

Article 19

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

Article 20

1. Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, de disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres.

2. Les peuples autochtones privés de leurs moyens de subsistance et de développement ont droit à une indemnisation juste et équitable.

Article 21

1. Les peuples autochtones ont droit, sans discrimination d'aucune sorte, à l'amélioration de leur situation économique et sociale, notamment dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, de la formation et de la reconversion professionnelles, du logement, de l'assainissement, de la santé et de la sécurité sociale.

2. Les États prennent des mesures efficaces et, selon qu'il conviendra, des mesures spéciales pour assurer une amélioration continue de la situation économique et sociale des peuples autochtones. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins particuliers des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones.

Article 22

1. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins spéciaux des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones dans l'application de la présente Déclaration.

2. Les États prennent des mesures, en concertation avec les peuples autochtones, pour veiller à ce que les femmes et les enfants autochtones soient pleinement protégés contre toutes les formes de violence et de discrimination et bénéficient des garanties voulues.

Article 23

Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'élaborer des priorités et des stratégies en vue d'exercer leur droit au développement. En particulier, ils ont le

droit d'être activement associés à l'élaboration et à la définition des programmes de santé, de logement et d'autres programmes économiques et sociaux les concernant, et, autant que possible, de les administrer par l'intermédiaire de leurs propres institutions.

Article 24

1. Les peuples autochtones ont droit à leur pharmacopée traditionnelle et ils ont le droit de conserver leurs pratiques médicales, notamment de préserver leurs plantes médicinales, animaux et minéraux d'intérêt vital. Les autochtones ont aussi le droit d'avoir accès, sans aucune discrimination, à tous les services sociaux et de santé.
2. Les autochtones ont le droit, en toute égalité, de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. Les États prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation de ce droit.

Article 25

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures.

Article 26

1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.
2. Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis.
3. Les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés.

Article 27

Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus.

Article 28

1. Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.
2. Sauf si les peuples concernés en décident librement d'une autre façon, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources

équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée.

Article 29

1. Les peuples autochtones ont droit à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources. À ces fins, les États établissent et mettent en œuvre des programmes d'assistance à l'intention des peuples autochtones, sans discrimination d'aucune sorte.
2. Les États prennent des mesures efficaces pour veiller à ce qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres ou territoires des peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.
3. Les États prennent aussi, selon que de besoin, des mesures efficaces pour veiller à ce que des programmes de surveillance, de prévention et de soins de santé destinés aux peuples autochtones affectés par ces matières, et conçus et exécutés par eux, soient dûment mis en œuvre.

Article 30

1. Il ne peut y avoir d'activités militaires sur les terres ou territoires des peuples autochtones, à moins que ces activités ne soient justifiées par des raisons d'intérêt public ou qu'elles n'aient été librement décidées en accord avec les peuples autochtones concernés, ou demandées par ces derniers.
2. Les États engagent des consultations effectives avec les peuples autochtones concernés, par le biais de procédures appropriées et, en particulier, par l'intermédiaire de leurs institutions représentatives, avant d'utiliser leurs terres et territoires pour des activités militaires.

Article 31

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.
2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice.

Article 32

1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.
2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et

autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres.

3. Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour toute activité de cette nature, et des mesures adéquates sont prises pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel.

Article 33

1. Les peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils vivent.

2. Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les structures de leurs institutions et d'en choisir les membres selon leurs propres procédures.

Article 34

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

Article 35

Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les responsabilités des individus envers leur communauté.

Article 36

1. Les peuples autochtones, en particulier ceux qui vivent de part et d'autre de frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec leurs propres membres ainsi qu'avec les autres peuples, notamment des activités ayant des buts spirituels, culturels, politiques, économiques et sociaux.

2. Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, des mesures efficaces pour faciliter l'exercice de ce droit et en assurer l'application.

Article 37

1. Les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs.

2. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée de manière à diminuer ou à nier les droits des peuples autochtones énoncés dans des traités, accords et autres arrangements constructifs.

Article 38

Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration.

Article 39

Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à une assistance financière et technique, de la part des États et dans le cadre de la coopération internationale, pour jouir des droits énoncés dans la présente Déclaration.

Article 40

Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

Article 41

Les organes et les institutions spécialisées du système des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales contribuent à la pleine mise en œuvre des dispositions de la présente Déclaration par la mobilisation, notamment, de la coopération financière et de l'assistance technique. Les moyens d'assurer la participation des peuples autochtones à l'examen des questions les concernant doivent être mis en place.

Article 42

L'Organisation des Nations Unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les États favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité.

Article 43

Les droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde.

Article 44

Tous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes.

Article 45

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les peuples autochtones ont déjà ou sont susceptibles d'acquérir à l'avenir.

Article 46

1. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoinrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant.
2. Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits

énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique.

3. Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi.

2) Voir résolution 2200 A (XXI), annexe.

3) A/CONF.157/24 (Part I), chap. III.

4) Résolution 217 A (III).

