

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : son application aux peuples autochtones

Pierre-Christian Labeau

Volume 37, numéro 2, 1996

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043394ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043394ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Labeau, P.-C. (1996). Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : son application aux peuples autochtones. *Les Cahiers de droit*, 37(2), 507–542. <https://doi.org/10.7202/043394ar>

Résumé de l'article

L'une des principales questions qui préoccupent la communauté juridique internationale consiste à déterminer si le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a épuisé son utilité et sa raison d'être avec la fin de la période de décolonisation ou s'il a une vocation universelle qui le conduirait aujourd'hui à s'appliquer à d'autres situations et à d'autres peuples. Les peuples autochtones pourraient être, à cet égard, les titulaires d'un nouveau droit à l'autodétermination qui leur permettrait de contrôler davantage leur destinée sans que cela ne vienne porter atteinte à la souveraineté de l'État dans lequel ils vivent.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : son application aux peuples autochtones*

Pierre-Christian LABEAU**

L'une des principales questions qui préoccupent la communauté juridique internationale consiste à déterminer si le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a épuisé son utilité et sa raison d'être avec la fin de la période de décolonisation ou s'il a une vocation universelle qui le conduirait aujourd'hui à s'appliquer à d'autres situations et à d'autres peuples. Les peuples autochtones pourraient être, à cet égard, les titulaires d'un nouveau droit à l'autodétermination qui leur permettrait de contrôler davantage leur destinée sans que cela ne vienne porter atteinte à la souveraineté de l'État dans lequel ils vivent.

One of the main concerns of the international legal community consists in determining if the right of peoples to self-determination is one that has exhausted its utility and raison d'être with the end of the decolonization period or if it has a universal vocation that will lead to new applications in unforeseen situations among other peoples. Native peoples may in this respect be entitled to a new right of self-determination that would allow them greater control over their destiny without dealing a blow to the States in which they live.

* Le présent article a été conçu originellement sous la forme d'un essai pour l'obtention d'une maîtrise en droit de la Faculté de droit de l'Université Laval.

** Avocat.

	<i>Pages</i>
1. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes	509
1.1 La valeur juridique	509
1.2 La portée	512
2. La reconnaissance graduelle des droits des peuples autochtones par le droit international coutumier contemporain	517
2.1 L'éclipse des droits des peuples autochtones	517
2.2 La résurrection des droits des peuples autochtones	520
2.3 La Cour internationale de justice	522
2.4 Le Comité des droits de l'homme	524
2.5 La Commission interaméricaine des droits de l'homme	525
3. L'application du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones	526
3.1 La Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants	527
3.2 Le projet de déclaration des droits des peuples autochtones	532
3.3 Le projet de déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones	536
3.4 La doctrine	537
Conclusion	541

Depuis 25 ans, dans la foulée des vastes transformations sociales qui secouent l'Occident et l'ensemble du globe, le mouvement de revendication de la reconnaissance de l'identité et des droits des peuples autochtones a connu une ampleur sans précédent. Longtemps à l'écart de la société industrialisée qui les entoure, vivant difficilement le passage inéluctable à une certaine forme de modernité qu'il reste à inventer, souvent aux prises avec des réalités socio-économiques désastreuses, les communautés autochtones du Québec, du Canada et d'ailleurs ont voulu cesser d'être des objets passifs du droit. Elles ont cherché, d'abord de façon réactive et conjoncturelle, puis plus systématiquement, à orienter l'évolution des systèmes juridiques nationaux et à devenir partie prenante aux changements qui les concernent.

Les peuples autochtones se sont également intéressés à l'évolution du droit international public. Ils ont voulu, là aussi, devenir des acteurs du changement. Alors que les droits nationaux contenaient déjà un vaste réseau de normes souvent anciennes, reposant sur des visions établies de la relation entre l'État et les autochtones, et presque toujours favorables au premier, le droit international public restait à faire sur cette question. Le silence du droit international public comportait toutefois un avantage. Alors que le droit de chaque État était plus difficile à infléchir, en raison du poids de l'histoire, de

l'inertie des lois, de la faiblesse traditionnelle de l'influence politique des autochtones et de l'importance des intérêts économiques en cause, un réseau d'alliances entre les associations autochtones pouvait, à l'échelle internationale, plus facilement réclamer l'adoption d'un droit nouveau qui aurait pour effet d'exercer une pression croissante sur les États.

La principale originalité de la nouvelle vague de revendications qui est générée par les peuples autochtones tient à ce qu'elle remet en question, et dans certains cas rejette, les fondements de la souveraineté de l'État sur son territoire. Or, de manière parallèle, la redéfinition du droit à l'autodétermination qui a cours pourrait conduire à une amplification graduelle des contraintes exercées par le système juridique international sur la compétence territoriale des États, qui est un des principaux attributs de la souveraineté. Les changements qui se produisent à cet égard sont le prolongement du renforcement constant du régime juridique international qui protège les droits des individus et des minorités. Une nette érosion de la souveraineté des États sur des matières qui étaient encore, il y a peu, considérées comme étant exclusivement de leur ressort est aujourd'hui indéniable. La tendance vers la reconnaissance des droits des peuples autochtones est la manifestation la plus récente de ce courant qui est l'un des plus profonds du droit international public. Pour les peuples autochtones, il y a donc un lien fondamental et indissociable entre une reconnaissance de leurs droits par le droit international public et l'élargissement de la portée du droit à l'autodétermination afin qu'ils puissent en bénéficier.

La première partie de notre article tentera de définir la nature et la portée du droit à l'autodétermination tel qu'il est reconnu aujourd'hui par le droit international public. La seconde visera à démontrer que le droit international coutumier contemporain tend à évoluer vers une reconnaissance graduelle de droits propres aux peuples autochtones. Enfin, la troisième partie portera sur l'analyse de l'application du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones.

1. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

1.1 La valeur juridique

Reconnu depuis 1945, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou droit à l'autodétermination des peuples, puise sa source dans plusieurs traités internationaux. Cette reconnaissance a emprunté deux voies parallèles. D'une part, la *Charte des Nations Unies* affirme à son article premier, paragraphe 2, que les buts des Nations Unies sont de développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. Ce but est

réaffirmé à l'article 55 de la Charte et l'article 56 crée un engagement des membres des Nations Unies d'agir tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation, pour atteindre les buts énoncés à l'article 55. D'après Erica-Irene Daes, « on the basis of any reasonable textual construction, the conclusion is that « self-determination » in contrast to sovereignty and all that flows from it, was not originally perceived as an operative principle of the Charter, but it was one of the desiderata of the Charter rather than a legal right that could be invoked as such¹ ».

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté subséquemment plusieurs déclarations interprétatives concernant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et notamment la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* en 1960 (résolution 1514) et la *Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations-Unies* en 1970 (résolution 2625). La résolution 1514 prévoit à son article 2 que « tous les peuples ont le droit de libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel », tandis que la Déclaration sur les relations amicales accorde à « tous les peuples » le droit à l'autodétermination. Les déclarations de 1960 et de 1970, qui ont cherché à préciser le contenu du droit à l'autodétermination, lui ont toutefois opposé le principe de l'intégrité territoriale des États. Elles prévoient ainsi que :

rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes [...] et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.

Cet équilibre, que plusieurs qualifieront de tension ou de contradiction, a mené à l'impasse hors du contexte de la décolonisation, car la plupart des nouvelles revendications fondées sur le droit à l'autodétermination menacent justement l'intégrité territoriale des États². Entre ces deux résolutions, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté en 1966 le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif*

1. E.-I. DAES, présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones, « Allocution », Conférence satellite de la Conférence mondiale des Nations Unies sur les Droits de l'homme, Symposium Martin Ennals sur l'autodétermination, Saskatoon, du 3 au 6 mars 1993.

2. Sur ce point, voir notamment D.Z. CASS, « Re-Thinking Self-Determination : A Critical Analysis of Current International Law Theories », (1992) 18 *Syracuse J. Int' L. & Com.* 21.

aux droits économiques, sociaux et culturels qui affirment tous deux que tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes et précisent que les États parties aux pactes sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de respecter ce droit conformément aux dispositions de la *Charte des Nations Unies*.

On s'est longtemps demandé si le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes avait un véritable caractère juridique ou s'il s'agissait d'un simple « principe d'art politique³ ». Sur cet aspect de la question, l'unanimité semble maintenant acquise. En effet, en tant que traité multilatéral général, la *Charte des Nations Unies* confère aux dispositions relatives à l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes le caractère de normes conventionnelles de droit international. En outre, le droit à l'autodétermination constitue également une norme du droit coutumier créé par les Nations Unies. Ce sont les résolutions 1514 et 2625 adoptées par l'Assemblée générale et par le Conseil de sécurité qui ont contribué à faire de ce droit une norme du droit international coutumier⁴. Il s'agit même pour plusieurs de l'une des rares normes impératives du droit international général « acceptée et reconnue » comme telle par la « communauté internationale des États dans son ensemble »⁵. Son appartenance au *jus cogens* a été admise par la Commission du droit international depuis longtemps⁶ et récemment reconnue par la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie⁷. Toutefois, cette instance, alors même qu'elle consacrait la normalité supérieure du principe, notait « que dans l'état actuel de son développement, le droit international ne précise pas toutes les conséquences du droit à

-
3. Pour reprendre l'expression des professeurs T.M. FRANCK, R. HIGGINS, A. PELLET, M.N. SHAW et C. TOMUSCHAT dans leur étude commandée par la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté : « L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté », dans *Les attributs d'un Québec souverain*, vol. 1, Exposés et études, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1992, p. 377.
 4. A. CRISTESCU, *Le développement historique et actuel du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes sur la base de la Charte des Nations Unies et des autres instruments adoptés par les organes des Nations Unies, eu égard en particulier à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, E/CN.4/Sub.2/404, vol. 1, 1978. Voir aussi F. ERMACORA, « The Protection of Minorities before the United Nations », (1983) 182 R.C.A.D.I. 251, 325.
 5. *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969, art. 53.
 6. La Commission du droit international, dans son rapport sur le projet de convention sur le droit des traités, donnait quelques exemples de normes impératives parmi lesquels figurait « le principe de l'autodétermination » : COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, A.C.D.I., vol. II, 1966, p. 270. Voir aussi A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, p. 320. *Contra* : A. CRISTESCU, *op. cit.*, note 4, p. 22.
 7. *Avis n° 1, 29 novembre 1991*, (1992) 96 R.G.D.I.P. 265.

l'autodétermination⁸». Cependant, le contenu même du principe ne souffre aucun doute : « il implique le droit pour chaque peuple de participer à la définition de son avenir politique, économique, social ou culturel. L'étendue exacte du choix ainsi offert est cependant variable en fonction des circonstances et va rarement jusqu'à inclure la sécession du fait de la nécessaire conciliation du principe d'autodétermination avec celui de l'intégrité territoriale⁹. »

1.2 La portée

Si la valeur juridique du droit à l'autodétermination est acquise, l'une des principales questions qui préoccupent la communauté juridique internationale consiste à déterminer si ce droit a épuisé son utilité et sa raison d'être avec la fin de la période de décolonisation, ce que certains souhaitent¹⁰, ou s'il a une vocation universelle qui le conduirait maintenant à s'appliquer à d'autres situations et à d'autres peuples.

Les deux pactes internationaux de 1966 et les résolutions 1514 et 2625 confirment que « tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes ». Mais ni le terme « peuples » ni le concept d'autodétermination ne font l'objet de définitions généralement admises. La doctrine, à cet égard, se partage en deux courants principaux : d'une part, il y a ceux qui estiment que le droit à l'autodétermination inclut toujours le droit à former un État, même si le peuple qui en bénéficie peut se contenter d'autres structures politiques ; d'autre part, il y a ceux qui considèrent que ce droit permet à toute collectivité humaine, se définissant comme telle, de voir son existence reconnue, de choisir son avenir et de participer, au sein de l'État auquel elle est rattachée, à l'expression démocratique de la volonté politique. Les deux thèses se rejoignent toutefois puisqu'elles écartent le droit à la sécession dans les situations non coloniales¹¹.

Pour une majorité d'auteurs, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'appartient qu'aux peuples colonisés, sous domination étrangère, c'est-à-dire aux peuples qui vivent dans des territoires occupés par des puissances étrangères, ou qu'aux peuples victimes de discrimination.

8. *Avis n° 2, 11 janvier 1992*, (1992) 96 *R.G.D.I.P.* 265, 266.

9. T.M. FRANCK *et al.*, *loc. cit.*, note 3, 420.

10. « While they [self-determination movements] long served to destroy empires and force governments to be more responsive to the governed, with rare exceptions self-determination movements now undermine the potential for democratic development in non-democratic countries and threaten the foundations of democracy in the democratic ones » : A. ETZIONI, « The Evils of Self-Determination », *Foreign Policy*, hiver 1992-1993, p. 21.

11. T.M. FRANCK *et al.*, *loc. cit.*, note 3, 420.

Ainsi, selon Hector Gros Espiell, rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, ce sont les peuples en tant que tels qui sont les titulaires du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit international ne confère pas ce droit aux minorités. Il précise ensuite que le droit à l'autodétermination, tel qu'il est énoncé par les Nations Unies, a été présenté comme un droit des peuples assujettis à une domination coloniale ou étrangère. Selon Espiell, il ne se rapporte pas aux peuples déjà organisés sous une forme étatique dans laquelle n'existe aucune domination coloniale ou étrangère¹².

Dans son étude pour le compte de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, le rapporteur spécial, Aureliu Cristescu, adopte une position tout à fait semblable. Il explique que le colonialisme et la domination étrangère, la discrimination raciale et l'apartheid sont incompatibles et inconciliables avec le droit des peuples à l'autodétermination. Ce droit implique, selon lui, l'élimination de ces quatre situations. Il souligne que les peuples sont les titulaires du droit à l'autodétermination et que la politique poursuivie par les Nations Unies est allée dans le sens d'une définition de plus en plus large des titulaires de ce droit afin d'éviter toute discrimination entre les peuples. Cristescu ajoute cependant que l'application de ce principe à tous les peuples ne saurait être interprétée comme un encouragement aux mouvements sécessionnistes ou irrédentistes, ou comme justifiant les activités tendant à changer le système de gouvernement d'un pays¹³.

La doctrine la plus récente confirme cette interprétation :

Thus, self-determination appears firmly entrenched in the corpus of international general rules in only three areas : as an anti-colonialist standard, as a ban on foreign military occupation and as a standard requiring that racial groups be given full access to government¹⁴.

Quelques auteurs ont contesté cette interprétation l'estimant trop restrictive :

If, however, self-determination is acknowledged as a fundamental principle of positive international law, there seems to be no compelling reason why only people emerging from colonial rule should be permitted to assert claims to self-determination. Since ethnic minority groups that have expressed a desire to govern themselves are not to be found exclusively in colonial territories, the reach of the principle of self-determination should be extended¹⁵.

12. *Le droit à l'autodétermination : application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies*, E/CN.4/Sub.2/405/Rev. 1, 1979, p. 10.

13. A. CRISTESCU, *op. cit.*, note 4, pp. 32 et 37.

14. A. CASSESE, *op. cit.*, note 6, p. 319.

15. M.S. CARTER, « Ethnic Minority Groups and Self-Determination : The Case of the Basques », (1986) 20 *Colum. J. L. & Social Prob.* 55, 60. Voir aussi R. FALK, « Pertinence

Il est possible de réconcilier ces deux interprétations dans la mesure où l'indépendance n'est pas le seul objet du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹⁶. Il n'est guère contestable que l'universalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, autorisant ultimement un peuple à fonder un État, aurait des effets dramatiquement déstabilisateurs et inacceptables pour une communauté internationale composée d'abord d'États souverains¹⁷ : « It can be concluded that the view that all peoples in the sociological sense are entitled under international law in the last resort to create independent States is clearly unacceptable as a matter of practice¹⁸. » Mais la définition restrictive du terme « peuple » n'est pas la seule réponse juridique rationnelle à cette objection pratique, surtout que l'on peut considérer l'équation « peuple=population d'un territoire colonial » simplificatrice, voire simpliste. Ainsi, en pratique, la revendication du droit à l'autodétermination par un peuple n'implique pas nécessairement la création d'un État et la sécession, et sur le plan juridique, le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes « does not imply that the category « peoples' rights » requires that the term « peoples » should have the same meaning for the purposes of all rights accepted as falling within that category¹⁹ ».

Les juristes consultés par la Commission sur la souveraineté ont tracé une voie intéressante permettant la mutation du droit à l'autodétermination vers une définition nouvelle. Selon eux, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est « à géométrie variable » en ce sens qu'il signifie que tous les peuples ont le droit de participer aux choix politiques, économiques,

du droit à l'autodétermination des peuples en droit international, à l'égard des obligations de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones du Québec dans le contexte d'une éventuelle souveraineté », dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *L'obligation fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté*, S.J. ANAYA (prés.), vol. 1, Dimension internationale, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1995, p. 46 ; Y. DINSTEIN, « Collective Human Rights of Peoples and Minorities », (1976) 25 *Int'l & Comp. L. Q.* 102 ; et D.B. KNIGHT, « Self-determination for Indigenous Peoples : The Context for Changes », dans R.J. JOHNSTON *et al.* (dir.), *Nationalism, Self-determination and Political Geography*, New York, Croom Helm, 1988, p. 117.

16. Ce développement emprunte largement à l'étude des cinq experts pour le compte de la Commission sur la souveraineté.
17. Voir à ce sujet L.C. BUCHHEIT, *Secession : The Legitimacy of Self-Determination*, New Haven, Yale University Press, 1978, pp. 20-30 ; A. HERACLIDES, *The Self-Determination of Minorities in International Politics*, Franck Cass, 1991, p. 28 ; et E. SUZUKI, « Self-Determination and World Public Order : Community Response to Territorial Separation », (1976) 16 *Va. J. Int'l L.* 779.
18. M.N. SHAW, « The Definition of Minorities in International Law », (1990) 20 *Israel Yearbook on Human Rights*, p. 13, 19.
19. J. CRAWFORD, « The Rights of Peoples : Some Conclusions », dans J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 166.

sociaux et culturels les concernant, mais il entraîne fort rarement un droit à l'indépendance. En somme, pour les peuples coloniaux, il existe la possibilité de choisir l'indépendance ; pour les autres, il y a à la fois un droit à une identité propre, celui de choisir et de participer²⁰. Cette approche serait de nature à concilier les craintes légitimes des États de préserver l'intégrité de leur territoire avec la reconnaissance de leur droit à disposer d'eux-mêmes à tous les peuples. Il est possible de croire que cette approche saura rallier de nombreux États²¹.

La Commission européenne d'arbitrage pour la Yougoslavie a tiré les conséquences de cet état de fait en mentionnant dans son avis n° 1 que les droits des peuples et des minorités constituent des normes impératives du droit international général et en indiquant, dans son avis n° 2, que ce droit implique pour les minorités de voir leur identité reconnue et le droit pour chacun des membres de la minorité de voir acceptée son appartenance à celle-ci. En contrepartie, la Commission interdit implicitement aux peuples minoritaires le droit d'accéder à l'indépendance.

Les juristes consultés par la Commission concluent ainsi :

[...] envisagés de cette manière, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a une substance réelle tout en n'étant pas limité à telle ou telle catégorie de peuples. Variable dans ses conséquences précises en fonction des circonstances, il n'en revêt pas moins, toujours et partout, une signification minimale : la faculté pour chaque peuple de « choisir » son destin²².

La tendance qui se manifeste est double : une plus grande flexibilité quant à la désignation des titulaires du droit à l'autodétermination, flexibilité à laquelle correspond une dilution du contenu du droit. Tributaire du contexte social dans lequel il est appelé à s'insérer, l'essence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est cependant immuable en ce qu'il accorde à tous les peuples le droit de participer aux décisions fondamentales qui les concernent, qu'elles soient d'ordre politique, économique ou social.

-
20. Thomas M. Franck avait proposé dans un autre article cette nouvelle orientation : « it also, at least for now, stopped being a principle of exclusion (secession) and became one of inclusion : the right to participate. The right now entitles peoples in all states to free, fair and open participation in the democratic process of governance freely chosen by each state » : T.M. FRANCK, « The Emerging Right to Democratic Governance », (1991) *Am. J. Int'l L.*, 59.
21. C. Milner, au nom de la délégation australienne, ne disait-il pas devant le Groupe de travail sur les populations autochtones (10^e session, 24 juillet 1992) que la « réalisation of the right of self-determination is not limited in time to the process of decolonization nor is it accomplished solely by a single act or exercise. Rather it entails the continuing of all peoples and individuals within each state to participate fully in the political process by which they are governed. Clearly, enhancing popular participation in this decision-making is an important factor in realising the right to self-determination. »
22. T.M. FRANCK *et al.*, *loc. cit.*, note 3, 424.

Bien qu'ultimement ces décisions puissent leur être imposées, dans le respect bien sûr des normes juridiques internationales applicables, telles que les garanties découlant des droits de la personne, elles découleront généralement de négociations entre l'État et les représentants des autres peuples en présence. À ces conditions, les États pourraient accepter une généralisation du droit à l'autodétermination. Les titulaires du droit seraient donc tous les peuples²³, mais le droit à l'indépendance est nié par le droit international, à l'exception maintenant presque révolue des peuples coloniaux :

Les réserves des États à l'égard du phénomène de la sécession contrastent avec leur insistance sur le droit à la décolonisation. En vain chercherait-on dans le droit positif un texte ou une pratique permettant de déduire un droit des peuples de faire sécession de leur droit à disposer d'eux-mêmes [...] Toute sécession se heurte au principe fondamental de l'intégrité territoriale des États²⁴.

Le droit à l'autonomie est d'ailleurs appelé à connaître d'importants développements dans les années à venir. Hurst Hannum souligne à ce sujet :

that a new principle of international law can be discerned in the interstices of contemporary definitions of sovereignty, self-determination, and the human rights of individuals and groups, which will support creative attempts to deal with conflicts over minority and majority rights before they escalate into civil war and demands for secession. This right to autonomy recognizes the right of minority and indigenous communities to exercise meaningful internal self-determination and control over their own affairs in a manner that is not inconsistent with the ultimate sovereignty — as the term is properly understood — of the state²⁵.

-
23. Bien que des caractéristiques objectives (langue, ethnie ou religion) soient normalement présentes, il est de plus en plus admis que les peuples sont autoproclamés et que la composante psychologique est essentielle. Constitue un peuple le groupe humain qui se considère comme tel, après une prise de conscience de son identité, voir A. CRISTESCU, *op. cit.*, note 4, p. 38. Cette approche apparaît conforme au principe retenu par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans son projet de déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones (ch. 1, art. 1), qui prévoit que « l'autoidentification comme autochtone ou tribal doit être considérée comme critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente Déclaration ».
24. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1992, p. 497.
25. H. HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1990, p. 473. Thornberry note lui aussi la nécessité d'élaborer un régime particulier afin de satisfaire les aspirations des groupes minoritaires tout en évitant de porter atteinte aux souverainetés étatiques : « Instead of starting from the collective right of self-determination, it may, therefore, be more productive to start from the rule of basic human rights. Minority protection could also be taken to require autonomy in certain instances [...] A key concept in process of elaboration is that of « ethnodevelopment »: the development of ethnic groups within the larger society as a compromise between ethnic self-determination and the nation State » : P. THORNBERRY, « Self-determination, Minorities, Human Rights : A Review of International Instruments », (1989) 38 *Int'l & Comp. L. Q.* 867, 888. Richard

Un droit à l'autodétermination ainsi défini est plus acceptable pour les États que son contenu traditionnel, qui pouvait conduire, en théorie, à la formation d'une multitude de nouveaux États aux dépens de leurs prédécesseurs. Des revendications territoriales faites dans le cadre du droit à l'autodétermination susciteront moins de résistance puisque ces droits territoriaux ne pourront donner lieu à une sécession²⁶. Nous tenterons plus loin d'esquisser le contenu de cette norme coutumière en gestation eu égard aux peuples autochtones. Dans leur cas, nul doute que la dimension territoriale du nouveau droit à l'autodétermination sera privilégiée, à laquelle se grefferont les aspects liés à leur autonomie gouvernementale.

2. La reconnaissance graduelle des droits des peuples autochtones par le droit international coutumier contemporain

2.1 L'éclipse des droits des peuples autochtones

Selon la vision juridique médiévale, les peuples non chrétiens ne détenaient aucun droit sur le territoire qu'ils occupaient. Où qu'ils se trouvent et qu'ils soient en paix ou en guerre avec les États chrétiens, ils ne pouvaient légalement se gouverner sur leurs territoires conformément à leurs lois²⁷. En revendiquant les îles des Antilles au nom de la Couronne d'Espagne, Colomb introduisit en Amérique cette conception des rapports entre les conquérants chrétiens et les peuples autochtones. Les conséquences pour les droits territoriaux de ces derniers furent dramatiques :

Indigenous peoples, it is thought, lacked sovereign status in law and so had no international title to the territories they occupied. On this view, the lands of North America were legally equivalent to vacant territories which could be appropriated by the first European state to discover or occupy them. The only role assigned to the original inhabitants of North America was subsidiary, as factual obstacles or aids to the spread of European sovereignty²⁸.

Cette vision juridique fut critiquée par le célèbre juriste Francisco de Vitoria dans son ouvrage *Sur les Indiens récemment découverts*. Vitoria émit l'idée, révolutionnaire pour son temps, qu'il n'existait aucune inégalité entre les droits des peuples chrétiens et non chrétiens sur leurs

Falk observe, au sujet des peuples autochtones, que le droit international contemporain ne répond aucunement à leurs attentes et qu'il y aurait lieu de prévoir la possibilité pour ceux-ci d'exercer leur droit à l'autodétermination sans que cela n'aboutisse à la création d'un État : R. FALK, « The Rights of Peoples (in particular Indigenous Peoples) », dans J. CRAWFORD, *op. cit.*, note 19, p. 17.

26. R. TORRES, « The Rights of Indigenous Populations : The Emerging International Norm », (1991) 16 *Yale J. Int'l L.* 127, 162.

27. R.A. WILLIAMS, « Columbus's Legacy », (1991) *Arizona J. Int'l & Comp. L.* 51, 56-57.

28. B. SLATTERY, « Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims », (1991) 29 *Osgoode Hall L. J.* 681, 682.

territoires respectifs. Selon lui, les Amérindiens étaient des sujets du droit international, détenaient des titres valides sur leurs territoires au regard du droit international et les Européens ne pouvaient acquérir de tels droits que conformément aux règles prescrites par le droit²⁹.

Les thèses de Vitoria et son école trouvèrent une confirmation partielle dans la pratique de certains États. Les nouveaux arrivants en Amérique du Nord et en Océanie établirent des relations officielles et des alliances avec les autochtones à des fins commerciales et militaires. Cette pratique fut systématisée par l'État colonisateur britannique qui obtint des droits sur le territoire par la conclusion de traités, et cela, jusqu'au milieu du XIX^e siècle.

Au XIX^e siècle, avec l'expansion des puissances coloniales de l'Europe et de leurs successeurs, de vastes étendues de terres autochtones ont été intégrées au territoire national des nouveaux venus et l'on a assisté à des déplacements massifs de populations autochtones. Sur tous les continents, les nouveaux arrivants ont eu recours à diverses méthodes pour repousser ces populations. À certains endroits, l'armée et les guerres de conquête ont préparé le terrain pour les colons. Ailleurs, des traités officiels ont été signés avec des nations autochtones ouvrant légalement de vastes secteurs à la colonisation agricole et à la construction de chemins de fer. À d'autres endroits encore, les autochtones ont été tout simplement négligés ou laissés de côté, car on considérait qu'ils n'étaient pas dignes d'attention particulière ni même d'action militaire. Rapidement, une grande partie des zones tempérées non exploitées du monde ont été envahies par les bûcherons, les agriculteurs, les ranchers et les colons³⁰. En Amérique du Nord, la guerre de 1812 fut le dernier conflit armé où l'alliance avec les Amérindiens fut un facteur significatif. Cet état de choses ne pouvait pas ne pas avoir de conséquences sur le plan juridique. Il n'est donc pas surprenant que la rupture du rapport de forces sur le terrain ait conduit les juristes internationaux à réévaluer le statut des peuples autochtones. Puisqu'ils perdaient tout statut en droit international, il n'était plus question de leur reconnaître des droits sur leurs territoires.

29. S.J. ANAYA, « Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law », (1991) *Arizona J. Int'l & Comp. L.* 1, 2. D'autres juristes tels que Vattel, qui en 1758 critiqua les États européens qui avaient attaqué, selon lui, les nations amérindiennes, appuyèrent la position de Vitoria. Lorsque la Cour internationale de justice consacra dans l'affaire du Sahara occidental le retour des droits des peuples autochtones, elle cita Vitoria à titre d'autorité pour sa décision.

30. K. COATES, « Les premières nations et le territoire: le point sur les revendications territoriales des Autochtones et sur leur règlement », Séminaire d'experts sur les expériences pratiques dans le domaine des droits et des titres fonciers des Autochtones, Whitehorse, Yukon, Canada, du 24 au 28 mars 1996.

Les auteurs les plus influents du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle nièrent aux peuples autochtones un statut international. Le droit international ne leur reconnaissait plus de droits de souveraineté dont ils seraient les titulaires. Leurs droits territoriaux étaient dorénavant inexistantes :

[T]he thought early obtained, at least with respect to the western hemisphere, that the native inhabitants possessed no rights of territorial control such as could be assimilated to a right of sovereignty which a European monarch was bound to respect.

[...]

If the inhabitants of the territory concerned are an uncivilized people, deemed to be incapable of possessing a right of property and control, the conqueror may, in fact, choose to ignore their title, and proceed to occupy the land as though it were vacant³¹.

La personnalité internationale, c'est-à-dire la capacité de détenir des droits et de contracter des obligations valides eu égard au droit international, était réservée aux États souverains civilisés. Les peuples autochtones étaient considérés comme trop peu évolués pour se donner un État et un gouvernement qui leur garantiraient un droit d'accès au régime du droit international public. Ils étaient confinés à l'autorité du droit national, qui était l'œuvre de l'État détenteur de la souveraineté territoriale. Celui-ci ne faisait à cet égard l'objet d'aucune contrainte majeure provenant d'un système juridique supérieur à celui dont il était l'auteur. La nouvelle position théorique dominante fut confirmée par la jurisprudence internationale. Celle-ci nia également aux autochtones la personnalité juridique internationale. Trois affaires, celles des Cayugas, de l'île Las Palmas et du Groenland oriental, en font l'illustration.

L'affaire des Cayugas, qui opposait les autorités de l'État de New York et les Cayugas, membres de la Confédération iroquoise, fut entendue par un tribunal d'arbitrage américano-britannique en 1926³². Le tribunal fut d'avis que la tribu n'était pas une entité juridique en droit international : « So far

31. C. HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd., Boston, Little, 1945, pp. 328 et 175. John Westlake, un des théoriciens les plus influents du droit international pratiqué par l'Empire britannique à son apogée à la fin du XIX^e siècle, avait auparavant adopté une position tout à fait semblable. « Occupation by uncivilised tribes of a tract [...] was not felt to interpose a serious obstacle to the right of the first civilised occupant [...] [This] does not mean that all rights are denied to such natives, but that the appreciation of their rights is left to the conscience of the state within whose recognized territorial sovereignty they are comprised, the rules of the international society existing only for the purposes of regulating the mutual conduct of its members » : J. WESTLAKE, *Chapters of the Principles of International Law*, Bruxelles, A. Castaigne, 1894, p. 136.

32. *Cayuga Indians (Can v. U.S.)*, (1926) 6 R. Int'l Arb. Awards 173.

as an Indian tribe exists as a legal unit, it is by virtue of the domestic law of the sovereign within whose territory the tribe occupies the land, and so far only as that law recognizes it³³. »

L'affaire de l'île Las Palmas concernait un différend entre les États-Unis d'Amérique et les Pays-Bas relativement à la souveraineté sur une petite île située au large des Philippines³⁴. Les Pays-Bas invoquaient notamment que leur souveraineté territoriale reposait sur les traités qu'ils avaient conclus avec des autochtones de l'endroit. Par ces traités, les Pays-Bas avaient voulu acquérir des droits sur le territoire. L'arbitre rejeta cet argument estimant que les autochtones ne détenaient pas la personnalité internationale et qu'ils ne pouvaient conclure des traités susceptibles de créer des droits ou des obligations qui seraient exécutoires en droit international public³⁵.

Cette position fut confirmée en 1933 par la Cour permanente internationale de justice, le prédécesseur de l'actuelle Cour internationale de justice, dans l'affaire du Groenland oriental³⁶. Il s'agissait là aussi d'un différend portant sur les prétentions territoriales de deux États. La Norvège fondait ses droits territoriaux sur l'existence d'établissements norvégiens dans la partie orientale de l'île avant l'arrivée des Danois, établissements qui avaient cependant été anéantis par les autochtones. La Cour, qui trancha en faveur du Danemark, précisa que la résistance autochtone n'avait eu aucun effet sur les prétentions de la Norvège, puisque la conquête ne pouvait produire des effets juridiques qu'en faveur des États souverains.

La négation du statut international des peuples autochtones, de leur capacité de détenir des droits territoriaux, ne pouvait être plus complète. Le droit international de cette époque ne reconnaissait pas leur existence et niait toute effectivité à leurs actions, même lorsque les circonstances sur le terrain tournaient à leur avantage.

2.2 La résurrection des droits des peuples autochtones

Le droit international public de la seconde moitié du xx^e siècle est notamment caractérisé par un accroissement marqué du nombre et de la diversité des sujets du droit international. Ces sujets font désormais l'objet de sous-ensembles particuliers de normes juridiques internationales. Le contenu de leur personnalité internationale respective leur est propre. Si celle des États est inhérente à leur souveraineté et identique pour tous les

33. *Id.*, 309.

34. *Island of Palmas (U.S. v. Netherlands)*, (1928) 2 R. Int'l Arb. Awards 831.

35. *Id.*, 856.

36. *Affaire du Groenland oriental (Danemark c. Norvège)*, (1933) C.P.J.I., sér. A/B, n° 53.

États souverains, la personnalité juridique des autres sujets du droit international est définie par ce dernier³⁷. Les peuples autochtones cherchent à obtenir une personnalité juridique qui se rapprocherait de celle des États et qui comprendrait notamment le droit à la représentation diplomatique officielle, le droit à l'accès de plein droit aux organisations et aux instances juridictionnelles, le droit à la négociation, à la signature et à la ratification de conventions internationales. Ils cherchent également à redonner une effectivité juridique intégrale, sur le plan du droit international, aux traités qu'ils ont conclus dans les siècles antérieurs³⁸.

Afin de faire progresser leurs revendications, les groupes autochtones de différents États ont appris à se concerter et se sont donné des organismes représentatifs pour intervenir auprès des institutions internationales sur des questions qui les unissent. Le Conseil mondial des peuples autochtones (World Council of Indigenous People), l'International Indian Treaty Council, la Conférence circumpolaire inuit (Inuit Circumpolar Conference), le Consejo India de Sud America sont quelques-unes des organisations non gouvernementales autochtones mises sur pied, le plus souvent, dans les années 70. Elles ont rapidement fait sentir leur présence, à l'échelle mondiale ou continentale. À ces groupes se joignent fréquemment des associations nationales et provinciales, telles que l'Assemblée des Premières Nations ou le Grand Conseil des Cris du Québec. L'impulsion du mouvement international autochtone provient, pour une grande part, de groupes de l'Amérique du Nord, de l'Arctique et de l'Océanie³⁹.

L'élaboration de positions communes et la consolidation de l'expertise s'obtinrent d'abord par la convocation de conférences non gouvernementales autochtones. Deux de ces conférences, portant sur la discrimination contre les peuples autochtones dans les Amériques, eurent lieu en 1977 et en 1981. La déclaration adoptée à la suite de la première conférence contient un certain nombre de dispositions significatives sur les questions territoriales et le statut international des peuples autochtones⁴⁰.

La seconde étape, pour les peuples autochtones sur le plan international, fut de se rapprocher davantage des structures établies où s'élaborent les normes juridiques internationales, puis, dans une troisième étape, ils

37. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.*, note 24, p. 391.

38. R.A. WILLIAMS, « Encounters on the Frontiers of International Human Rights: Redefining the Terms of Indigenous Peoples Survival in the World », (1990) *Duke L. J.* 660, 696.

39. H. Hannum, *op. cit.*, note 25, p. 89.

40. Le texte de la déclaration est reproduit dans l'article de M. DAVIES, « Aboriginal Rights in International Law », dans B. MORSE (dir.), *Aboriginal Peoples and the Law*, Ottawa, Carleton University Press, 1985, pp. 784-786.

participèrent de manière systématique et de plus en plus officielle aux travaux des institutions internationales les plus pertinentes. Cette participation assure que les préoccupations des porte-parole autochtones figureront en bonne place et régulièrement à l'ordre du jour, et que les décisions prises seront de plus en plus marquées par leurs interventions. Cette étape de la construction de la personnalité internationale des peuples autochtones dans l'élaboration du droit est maintenant bien engagée. Elle n'est pas achevée parce qu'elle est liée à l'issue des délibérations sur la substance de leurs droits. Mais la pratique de la participation autonome des peuples autochtones à l'élaboration du droit international qui les concerne ne fait plus guère de doute. Cette pratique est particulièrement visible au sein de trois organisations internationales d'importance qui ont élaboré ou qui préparent actuellement des instruments juridiques internationaux propres aux peuples autochtones : l'Organisation internationale du travail, l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation des États américains.

2.3 La Cour internationale de justice

La reconnaissance juridique par le droit international public des droits des peuples autochtones a d'abord été le fait de la Cour internationale de justice dans son avis consultatif sur le Sahara occidental⁴¹. Cette affaire portait notamment sur la revendication, par le Maroc et la Mauritanie, de la souveraineté sur le Sahara occidental, une région contiguë à leurs territoires. La Cour devait déterminer les rapports juridiques qui pouvaient exister au XIX^e siècle, qui est la période critique pour le litige en question, entre l'Espagne, la puissance colonisatrice, et les populations nomades habitant cette partie du désert. C'est au cours de cet examen que la Cour écarta le concept de *terra nullius* ou terre inoccupée dans les cas où les collectivités autochtones se trouvaient sur les territoires occupés par les colonisateurs. En effet, selon la Cour :

Quelles qu'aient pu être les divergences d'opinions entre les juristes, il ressort de la pratique étatique de la période considérée que les territoires habités par des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme *terra nullius*. On estimait plutôt en général que la souveraineté à leur égard ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec des chefs locaux⁴².

La Cour précise ensuite que ces accords avec les chefs locaux, interprétés ou non comme opérant une cession effective du territoire, constituaient un mode d'acquisition dérivé et non pas l'acquisition des titres originaires

41. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Sahara occidental*, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, avis consultatif du 16 octobre, 1975.

42. *Id.*, 39.

par l'occupation d'une *terra nullius*. En l'espèce, la Cour décide qu'au moment de la colonisation du Sahara occidental ce territoire était habité par des populations qui, bien qu'elles fussent nomades, étaient socialement et politiquement organisées en tribus et placées sous l'autorité de chefs compétents pour les représenter⁴³. L'avis de la Cour contribue donc à la résurrection de la personnalité juridique limitée des peuples autochtones. En décidant que la souveraineté à l'égard de territoires habités par des populations autochtones ne pouvait s'obtenir que grâce à des ententes passées avec celles-ci, la Cour admet également que ces populations possédaient des droits sur le territoire⁴⁴. Ces droits découlent du droit coutumier propre aux peuples autochtones et seraient reconnus par le droit international public, car la puissance coloniale ne peut acquérir la souveraineté, par rapport aux autres États, que si elle conclut des accords avec les représentants politiques autochtones. En l'absence de tels accords, les autochtones garderaient logiquement leurs droits fonciers et territoriaux, qui ne sont toutefois pas des droits de souveraineté⁴⁵.

43. Il est vraisemblable de croire que les conclusions de la Cour ont une portée universelle et qu'elles s'appliquent aux peuples autochtones de l'Amérique et de l'Océanie. La description faite par celle-ci des populations habitant la zone litigieuse s'apparente en effet au mode de vie des autochtones de ces deux continents (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *op. cit.*, note 41, p. 41) : « Au moment où elle a été colonisée par l'Espagne, la partie de ce désert dont la Cour s'occupe était, en raison de la faiblesse et de l'irrégularité des précipitations, presque exclusivement exploitée par des nomades qui pratiquaient l'élevage ou s'adonnaient à des cultures où et quand les conditions étaient favorables. On peut dire qu'au moment où il a été colonisé le territoire avait une population clairsemée et composée en majeure partie de tribus nomades dont les membres traversaient le désert suivant des parcours plus ou moins réguliers en fonction des saisons et des puits ou des points d'eau dont ils pouvaient disposer. »

44. La doctrine n'est cependant pas unanime et certains considèrent que la *terra nullius* et la théorie de la conquête justifient la confiscation par les puissances coloniales européennes des territoires habités par les autochtones ; voir L.C. GREEN et O.P. DICKASON, *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, The University of Alberta Press, 1989, pp. 124-127.

45. En 1973, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Calder c. Le Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 328, avait déjà reconnu que la Proclamation royale du 7 octobre 1763 n'était pas l'unique source du droit autochtone au Canada. Le juge Judson exprima sur cette question l'avis suivant qui rejoint les conclusions de la Cour internationale de justice : « Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien ». Il s'infère de cette position que même si la Colombie-Britannique était une *terra incognita* par rapport au territoire visé par la Proclamation de 1763, elle n'était pas une *terra nullius* au moment de l'établissement de la souveraineté britannique. La Cour suprême de l'Australie a fait un long énoncé sur ce sujet dans *Mabo c. State of Queensland*, [1992] 107 A.L.R. 107, rapporté aussi dans [1992] 5 C.N.L.R. 1.

2.4 Le Comité des droits de l'homme

La jurisprudence du Comité des droits de l'homme, institué par le Protocole facultatif annexé au *Pacte relatif aux droits civils et politiques* de 1966, confirme elle aussi l'évolution du droit international coutumier vers une reconnaissance de la personnalité juridique internationale des peuples autochtones et de leurs droits particuliers. Le Pacte contient une disposition qui protège les droits culturels, religieux et linguistiques des « personnes appartenant à des minorités » plutôt que des minorités elles-mêmes. Cette dernière distinction ne semble toutefois entraîner aucune conséquence significative, en pratique. L'article 27 est rédigé en ces termes :

[...] 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.

Les autochtones qui sont des nationaux des États ayant adhéré au Pacte et au Protocole facultatif peuvent également invoquer cette disposition devant le Comité des droits de l'homme, et ils l'ont fait à plusieurs occasions. Les droits énoncés à l'article 27 ont reçu une interprétation large, qui leur confère indirectement une portée territoriale. Dans l'affaire des Lubicons de l'Alberta, entendue en 1990, le Comité a considéré que les droits protégés par l'article 27 comprennent les droits des individus, de concert avec d'autres, de s'engager dans des activités économiques et sociales qui font partie de la culture de la communauté à laquelle ils appartiennent⁴⁶. Dans cette affaire, les Lubicons soutenaient que les droits qu'ils détenaient en vertu de l'article 27 avaient été violés par des baux pour l'exploitation gazière et pétrolière et pour l'exploitation forestière qui avaient été consentis à des entreprises par le gouvernement de l'Alberta, relativement à des terres revendiquées par les Lubicons. Il n'existait aucune réserve indienne sur ces terres. Le Comité a estimé que l'article 27 n'avait pas été respecté :

Historical inequities, to which the State party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and the culture of the Lubicon Lake Band, and constitute a violation of Article 27 so long as they continue. The State party proposes to rectify the situation by a remedy that the Committee deems appropriate⁴⁷.

46. *Rapport annuel du Comité des droits de l'homme*, UN Doc. A/45/40, vol. II, App. A, par. 33.2 (1990).

47. Le remède que le Comité jugeait approprié était une offre faite par le gouvernement canadien en janvier 1989 de créer une réserve de 153 kilomètres carrés, les autochtones détenant des droits minéraux sur 127 kilomètres carrés. Les 500 membres de la bande recevraient des services et des prestations évalués à 45 millions de dollars et conserveraient le droit de réclamer une compensation additionnelle de 176 millions de dollars : D. MCGOLDRICK, « Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee », (1991) 40 *Int'l & Comp. L. Q.* 658, 667.

Une autre communication entendue par le Comité, provenant de la Suède cette fois, a conféré une dimension territoriale à l'article 27⁴⁸. Dans cette affaire, le Comité a estimé que l'élevage de rennes par des Lapons était une activité culturelle protégée par l'article 27. Puisque cette activité suppose des droits importants à l'usage, sinon à la propriété, du territoire, le Comité pouvait donc considérer que les droits de nature territoriale des peuples autochtones constituent des droits des minorités protégés par l'article 27. Ces droits « [seraient] en effet liés à la manière de vivre et de sentir de ces peuples et peuvent, à ce titre, être considérés comme faisant partie de leur culture et, sans doute, dans certains cas, comme indispensables à la pratique de leur religion⁴⁹ ». Si cette conclusion s'avérait fondée, cela confirmerait que les droits fonciers des peuples autochtones sont des droits internationaux. Toutefois, comme l'affirme un auteur au sujet de l'article 27 : « the rights of minorities are enumerated and finite and do not include political control⁵⁰ ». Il ne serait donc pas possible d'établir de liens entre l'article 27 du Pacte et le droit à l'autodétermination.

2.5 La Commission interaméricaine des droits de l'homme

La Commission interaméricaine des droits de l'homme, alors qu'elle étudiait les plaintes pour violation des droits de la personne formulées par les Indiens miskitos à l'encontre du Nicaragua, devait déterminer si un groupe ethnique pouvait être titulaire de droits qui iraient au-delà de ceux qui sont attribués par l'article 27 du Pacte, et plus particulièrement le droit à l'autodétermination ou le droit à l'autonomie politique. La Commission a reconnu que les Miskitos, considérés comme une minorité ethnique, pouvaient bénéficier d'une protection juridique particulière, qui découle de leurs liens privilégiés avec la terre, en ce qui a trait à leurs terres ancestrales et communautaires⁵¹. Citant la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance* et la *Déclaration sur les relations amicales*, la Commission a conclu que le droit à l'autodétermination ne pouvait jamais justifier une atteinte à l'intégrité territoriale d'un État souverain. Toutefois, l'impossibilité pour les Miskitos de revendiquer le droit à l'autodétermination politique n'autorisait pas le Nicaragua à les assimiler par la force. Bien qu'elle le fasse de manière plus timide que le Comité des droits de l'homme, la Commission admet que

48. *Kitok c. Suède*, UN Doc. A/43/40 (1988).

49. T.M. FRANCK *et al.*, *loc. cit.*, note 3, 437-438.

50. P. THORNBERRY, *loc. cit.*, note 25, 880.

51. H. HANNUM, *op. cit.*, note 25, p. 97. Cette conclusion n'a cependant pas empêché la Commission de soutenir que les Miskitos n'avaient pas droit à une compensation pour la perte de leurs terres. Voir C. HILLING, « Les peuples autochtones et la Commission interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXIV, n° 4, p. 45.

les peuples autochtones ont des droits particuliers qui font l'objet d'une protection par le droit international.

Le droit international coutumier contemporain tend donc à évoluer vers une reconnaissance graduelle des droits des autochtones, et plus particulièrement de droits fonciers. L'étape suivante vise à déterminer si les peuples autochtones peuvent être titulaires du droit à l'autodétermination. Pour ce faire, nous procéderons à l'analyse de la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et des instruments juridiques internationaux en voie d'élaboration relatifs aux peuples autochtones. Une revue de la doctrine sur la question nous permettra ensuite de tracer les grands paramètres du nouveau droit à l'autodétermination qui pourrait être revendiqué par les autochtones.

3. L'application du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones

Les peuples sont les seuls sujets du droit international, autres que les États, à revendiquer la reconnaissance d'une compétence territoriale. Les minorités et les entités fédérées, qui peuvent dans certains cas détenir des droits territoriaux de nature publique qui sont importants en vertu du droit interne, ne revendiquent normalement pas une reconnaissance de tels droits par le droit international. Dans le cas des autochtones, au contraire, il s'agit le plus souvent de l'essentiel de leurs positions. Il existe par conséquent une interrelation profonde entre le débat sur le statut des peuples autochtones et la substance de leurs revendications. Avant de prétendre détenir des droits en vertu du droit international, il faut d'abord qu'ils établissent leur capacité juridique à détenir de tels droits.

La reconnaissance du droit à l'autodétermination s'avère à cet égard l'une de leurs revendications les plus fondamentales et les plus fréquentes⁵². Cette demande a été constamment réitérée devant le groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones⁵³. Pour les peuples autochtones, le droit à l'autodétermination contient les autres droits dont ils se considèrent comme les titulaires. Le droit à l'autodétermination comprend, à leurs yeux, une dimension territoriale, puisqu'il ne peut s'exercer que relativement à un espace géographique délimité. De plus, les activités culturelles et sociales traditionnelles des autochtones, dont le maintien et le développement compteraient parmi les principaux objectifs de l'exercice de l'autodétermination,

52. Voir par exemple l'étude présentée par le Grand Council of the Crees (of Quebec), NU CES, Commission des Droits de l'Homme, 48^e sess., *Status and Rights of the James Bay Crees in the Context of Quebec's Secession from Canada* (27 janvier-6 mars 1992).

53. R. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 38, 693. Voir également H. HANNUM, *op. cit.*, note 25, p. 95.

sont étroitement liées au territoire⁵⁴. Les représentants des peuples autochtones conviennent généralement que, dans leur cas, le droit à l'autodétermination se traduira par un droit à l'autonomie qui n'équivaut pas à un droit à la sécession⁵⁵. Au Canada, seuls quelques groupes minoritaires réclament la création de petits États enclavés, sur le modèle de Monaco⁵⁶. Il arrive plus souvent que la sécession soit considérée à titre virtuel, comme une possibilité qui ne fait pas l'objet d'une demande immédiate : « Self-determination would not inevitably cause indigenous peoples to secede from settler states⁵⁷. »

Le droit à l'autodétermination a toujours eu une composante territoriale qui lui était centrale. Lorsqu'il s'agissait pour les peuples colonisés d'obtenir un État en exerçant ce droit, cet État recevait, parmi ces principales attributions, une compétence exclusive sur son territoire. Les droits territoriaux du peuple colonial qui est titulaire du droit à l'autodétermination s'exercent par le truchement de la puissance publique, c'est-à-dire par la souveraineté territoriale de l'État qui est issu de la décolonisation. Pour les peuples autochtones, le droit à l'autonomie, même s'il est moins radical que le droit à l'indépendance, renferme également des droits territoriaux. La forme précise que prend le droit à l'autodétermination dans leur cas ne perd pas le contenu territorial qui lui est essentiel⁵⁸.

3.1 La Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants

La Convention n° 169, adoptée le 7 juin 1989 et entrée en vigueur au mois de septembre 1991⁵⁹, constitue le fruit des travaux de révision de la

54. E.A. PEARCE, « Self-Determination for Native Americans: Land Rights and the Utility of Domestic and International Law », (1991) 22 *Colum. Human Rights L. R.* 361, 363.

55. R. TORRES, *loc. cit.*, note 26, 162-163.

56. A. FLERAS et J.L. ELLIOTT, *The Nations Within: Aboriginal-State Relations in Canada, the United States and New Zealand*, Toronto, Oxford University Press, 1992, p. 25.

57. M.E. TURPEL, « Indigenous Peoples' Rights of Political Participation and Self-Determination: Recent Legal Developments and the Continuing Struggle for Recognition », (1992) 25 *Cornell Int'l. L. J.* 579, 592.

58. E.A. PEARCE, *loc. cit.*, note 54, 362.

59. À ce jour, huit États ont ratifié la convention : la Norvège, le Mexique, la Bolivie, la Colombie, le Paraguay, le Honduras, le Pérou et le Costa Rica. Le Canada a refusé jusqu'à maintenant de ratifier la Convention en invoquant trois motifs : 1) la complexité et la portée de la Convention notamment sur la disposition portant sur la reconnaissance à la fois « des droits de propriété et de possession des peuples indigènes sur les terres qu'ils occupent traditionnellement » (article 14, paragraphe 1, de la Convention) ; 2) la nécessité d'une participation substantielle des provinces et des territoires à la mise en œuvre d'un nombre important des dispositions de la Convention ; et 3) l'ambiguïté de plusieurs des dispositions de la Convention. *Situation canadienne en ce qui concerne la*

Convention n° 107 relative aux populations autochtones et tribales adoptée par l'Organisation internationale du travail en 1957. La Convention n° 169 est le seul instrument juridique international en vigueur consacré aux peuples autochtones. Elle favorise une approche fondée sur le respect de l'identité, de la culture, des institutions et des traditions des peuples indigènes et sur leur participation effective aux décisions qui les touchent. L'approche intrégrationniste, plus ou moins assimilatrice, qui imprégnait la Convention n° 107, est désormais mise au rancart⁶⁰. Néanmoins, le concept de protection des populations autochtones demeure encore valide⁶¹ et trouve place dans la Convention n° 169. La Convention révisée occupe essentiellement le même champ normatif que la précédente et une bonne partie de ce champ relève principalement du domaine des droits de la personne. Notons que plusieurs dispositions de la Convention constituent des normes dites « programmatoires » ou de la *soft law*, c'est-à-dire qui définissent des résultats à atteindre tout en laissant aux États le choix des moyens, s'apparentant ainsi à des directives⁶².

Il n'existe aucune obligation pour les États membres de ratifier quelque convention que ce soit de l'OIT, mais si un État membre ratifie une convention, il prend l'engagement de la mettre pleinement en œuvre (article 38, paragraphe 1, de la Convention n° 169) et de faire régulièrement rapport à l'OIT sur les mesures prises à cette fin⁶³. On peut considérer, d'autre part,

Convention n° 169 sur les peuples indigènes et tribaux, Conférence internationale du travail, 76^e session, juin 1989, p. 16.

60. L. SWEPSTON, « A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples : ILO Convention No. 169 of 1989 », (1990) 15 *Okl. City U. L. Rev.* 677, 689.
61. Voir à ce sujet H.R. BERMAN, « L'Organisation internationale du travail et les indigènes : révision de la Convention n° 107 lors de la 75^e session de la Conférence internationale du travail de 1988 », (1988) *Rev. Com. int. jur.* 41.
62. R.J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire de la coutume sauvage à la *soft law* », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'élaboration du droit international public*, Paris, Éd. Pedone, 1975, p. 145. L'article 34 de la Convention prévoit d'ailleurs que « la nature et la portée des mesures à prendre pour donner effet à la présente convention doivent être déterminées avec souplesse, compte tenu des conditions particulières à chaque pays », permettant ainsi aux États d'appliquer progressivement les dispositions de la Convention leur laissant de ce fait une certaine souplesse (Bureau international du travail). Le verbe « promouvoir », employé à l'alinéa 2 (b) de l'article 2, constitue un exemple typique d'une disposition de caractère purement incitatif ou un encouragement propre à la *soft law*.
63. Tout manquement à l'obligation de mettre en œuvre une convention ratifiée peut donner lieu à des observations d'une commission d'experts, ainsi qu'à des demandes de la Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du travail de comparaître devant elle pour expliquer les raisons de la non-conformité. Un État membre peut également faire l'objet de plaintes alléguant violation d'une convention ratifiée, plaintes déposées devant l'OIT par un autre État membre ou par une association de travailleurs ou d'employeurs, *Situation canadienne, op. cit.*, note 59, p. 1.

que la Convention n° 169 veut amorcer une nouvelle coutume du droit international en tentant de réglementer le comportement futur des États en ce qui regarde les peuples indigènes ; elle n'a cependant pas pour effet de codifier des normes coutumières, ne serait-ce que parce que la Convention n° 107 a connu un succès pour le moins mitigé. Enfin, parce qu'il n'y a que huit États qui ont ratifié la Convention n° 169 jusqu'à maintenant, il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une *opinio juris* qui fixerait le point de départ de la formation de nouvelles règles coutumières.

La Convention n° 169 ne reconnaît pas l'existence d'un droit à l'auto-détermination pouvant mener à l'indépendance au profit des peuples indigènes. Si les rédacteurs de la convention ont retenu le terme « peuples⁶⁴ » pour désigner les titulaires des droits garantis par celle-ci, ils ont précisé au paragraphe 3 de l'article 1 que l'emploi de ce terme « 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 international⁶⁵ ». Un auteur souligne que « during the debate on the Article, it was made clear that the right of indigenous groups to self-

64. La Convention s'applique « aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale » et « aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitent le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles » (article 1, paragraphe 1, de la Convention).

65. Cette disposition a été critiquée par les représentants des peuples autochtones, car elle permet selon eux d'esquiver la question de savoir si ces peuples possèdent le droit de s'autodéterminer : A. LAWREY, « Contemporary Efforts to Guarantee Indigenous Rights Under International Law », (1990) 23 *Van. J. Transnat'l L.* 703, 719. Un auteur, pour sa part, avait une vision plutôt optimiste des résultats de ces débats. Commentant l'emploi du mot « peuples » et la restriction qu'on y a apportée, L. SWEPSTON, *loc. cit.*, note 60, 694-695, explique : « it is more likely that the effect will be a positive one for increasing the recognition in international law of the right of these peoples to a separate and continued existence [...] The fact that the ILO has designated them as peoples, even though it has refrained from defining the term, surely will further their chances of continuing to receive special treatment in international fora. » Ces conclusions sont supportées par le Bureau international du travail, puisque, selon lui, l'emploi du terme « peuples » est nécessaire pour renforcer la reconnaissance du droit de ces groupes à leur identité, et indispensable pour traduire le changement d'orientation qui s'est opéré vers un plus grand respect pour leur culture et leur mode de vie : *Révision partielle de la convention (n° 107) relative aux populations autochtones et tribales, 1957*, Bureau international du travail, Rapport IV (2A), Conférence internationale du Travail, 76^e session, 1989.

determination is only within the framework of national States and that any implications regarding self-determination in international law were outside the area of competence of the ILO⁶⁶ ». Cette question a été l'occasion de débats au moment de la rédaction de la Convention alors que de nombreux représentants, dont celui du Canada, ont voulu s'assurer que l'emploi du terme « peuples » ne concerne pas le droit à l'autodétermination tel que ce concept est compris par le droit international⁶⁷. Il est incontestable cependant que « l'usage du terme « peuples », même avec des réserves, suppose une certaine affirmation de l'identité collective autochtone et les attributs correspondants d'une communauté⁶⁸ ».

La lecture des dispositions de la Convention n° 169 révèle que les États ont gardé un pouvoir unilatéral sur de nombreux aspects de la vie des autochtones touchés par la Convention et que leur accord n'est même pas requis pour mettre en œuvre certaines dispositions de celle-ci. Ainsi, l'alinéa 6 (1) a) n'oblige les gouvernements, en appliquant les dispositions de la Convention, qu'à « consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement ». Cet alinéa souligne la reconnaissance continue du pouvoir unilatéral de l'État dans l'instrument⁶⁹. D'autres dispositions de la Convention maintiennent le contrôle gouvernemental sur les peuples autochtones. Le paragraphe 2 de l'article 16 autorise même les États à déplacer et à réinstaller les peuples indigènes sans le consentement de ceux-ci, quoique cette action ne puisse être entreprise « qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace ».

Il faut cependant remarquer que la Convention n° 169 va beaucoup plus loin que l'article 27 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*. D'une part,

66. N. LERNER, « The 1989 ILO Convention on Indigenous Populations : New Standards ? », (1990) 20 *Israel Yearbook on Human Rights* 223, 229. Voir dans le même sens A. LAWREY, *loc. cit.*, note 65, 719, et l'opinion de T.M. FRANCK *et al.*, *loc. cit.*, note 3, 442.

67. H.R. BERMAN, *loc. cit.*, note 61. Pour une analyse des discussions entourant l'emploi du terme « peuples », voir aussi L. SWEPSTON, *loc. cit.*, note 60.

68. S.J. ANAYA, « L'obligation de fiduciaire du Canada à l'égard des peuples autochtones du Québec en vertu du droit international général », dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 15, 24.

69. H.R. BERMAN, *loc. cit.*, note 61. Outre le paragraphe 3 de l'article 1, cette disposition a également favorisé le rejet par les peuples autochtones de la Convention n° 169. Les représentants de ces peuples auraient souhaité que la Convention impose clairement aux États l'obligation d'obtenir leur consentement avant d'adopter de telles mesures : A. LAWREY, *loc. cit.*, note 65.

elle confère des droits aux peuples autochtones et non pas seulement aux individus qui en font partie⁷⁰ et, d'autre part, elle leur reconnaît le droit de s'autogouverner dans certains domaines. Le paragraphe 1 de l'article 7 prévoit ainsi que ces peuples « doivent avoir le droit 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 ». Le paragraphe 2 de l'article 8 énonce que les peuples autochtones « doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international⁷¹ ». L'article 25 prévoit que les gouvernements doivent donner à ces peuples « les moyens leur permettant d'organiser et de dispenser [...] sous leur responsabilité et leur contrôle propres » des services de santé et que ces services « doivent être autant que possible organisés au niveau communautaire ». L'article 27 dispose enfin que les gouvernements doivent « faire en sorte que la formation des membres des peuples intéressés et leur participation à la formation et à l'exécution des programmes d'éducation soient assurées afin que la responsabilité de la conduite desdits programmes puisse être progressivement transférée à ces peuples s'il y a lieu ». Cet article prévoit, « de plus, [que] les gouvernements doivent reconnaître le droit de ces peuples de créer leurs propres institutions et moyens d'éducation, à condition que ces institutions répondent aux normes minimales établies par l'autorité compétente en consultation avec ces peuples ». Il reste qu'il n'est pas possible de déduire de la Convention un droit des peuples indigènes à se gouverner eux-mêmes, car, à la place d'un droit de donner un accord ou d'exercer un contrôle, la Convention pose des garanties procédurales de consultation et de participation.

Il a été mentionné précédemment que la Convention n° 169 voulait être plus respectueuse de l'identité et de la culture des peuples autochtones. La vision qui la sous-tend présume que ces peuples ont le droit de continuer à

70. En ce sens, la Convention n° 169 annonce sans aucun doute que la communauté internationale accordera une reconnaissance de plus en plus importante aux droits collectifs. En effet, la Convention distingue les droits de la personne (art. 3 (1) : « les peuples indigènes et tribaux doivent jouir pleinement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans entrave ni discrimination ») des droits accordés aux peuples autochtones (art. 4 (1) : « 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 »).

71. Selon N. LERNER, *loc. cit.*, note 66, 230, cette disposition a été condamnée par les représentants des peuples autochtones, car elle invite selon eux « to further assimilative measures by the governments ».

exister et à se développer, selon leurs valeurs. Ces objectifs sont également manifestes dans la possibilité d'un régime foncier distinct pour ces peuples, à l'intérieur du système juridique étatique⁷². Ce nouveau régime devra être reconnu même si les droits qu'il contient sont différents de ceux que l'on trouve habituellement dans une société à économie de marché. L'entreprise est semée d'embûches, compte tenu des intérêts en présence.

Il est difficile de déterminer lesquelles des dispositions de la Convention, le cas échéant, sont susceptibles d'acquérir le statut de normes coutumières du droit international dans les prochaines années. L'essentiel est de constater l'émergence de normes juridiques propres aux peuples autochtones dont les éléments commencent à peine à se préciser. La cristallisation en droit coutumier sera en partie tributaire de la pratique interne des États et aura pour effet d'en généraliser et d'en raffermir la portée.

Notre article ne serait pas complet sans quelques explications sur deux instruments juridiques internationaux en voie d'élaboration. Bien qu'ils soient à l'état de projet, ils confirment les tendances lourdes qui se manifestent vers une reconnaissance accrue des droits des peuples autochtones.

3.2 Le projet de déclaration des droits des peuples autochtones

Le 8 septembre 1981, la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités proposait la création du Groupe de travail sur les populations autochtones. Elle a été approuvée par la Commission des droits de l'homme en mars 1982 et par le Conseil économique et social au mois de mai de la même année. Le Conseil autorisait alors la Sous-commission à constituer annuellement un groupe de travail sur les populations autochtones, qui se réunirait aux fins suivantes : passer en revue les faits nouveaux concernant la promotion et la protection des droits de la personne et des libertés fondamentales des peuples autochtones, accorder une attention spéciale à l'évolution des normes concernant les droits des peuples autochtones et examiner d'autres questions se rapportant aux droits des autochtones. Le Groupe de travail, composé de cinq membres, est présidé par Erica-Irene A. Daes.

Lors de sa dernière session tenue à l'été 1995, le Groupe de travail a approuvé un projet de déclaration des droits des peuples autochtones. Ce texte, qui représente la conception la plus large des droits envisagés en faveur des peuples autochtones, ne prévoit nullement qu'ils aient un droit à disposer d'eux-mêmes pouvant mener à la sécession. L'article 3 du projet, qui reprend le libellé de l'article premier commun des pactes internationaux

72. Voir les articles 13 à 19 de la Convention.

relatifs aux droits civils et politiques de même qu'aux droits économiques, sociaux et culturels, énonce certes que les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes et qu'en vertu de ce droit ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. Pourtant, d'autres dispositions du projet viennent encadrer cette reconnaissance pour lui donner une portée qui correspond davantage à celle du nouveau droit à l'autodétermination dont il a été question dans la partie 1 du présent texte. Cette conclusion découle, négativement, de plusieurs dispositions qui parlent de « propriété », de « possession », de « droits d'usage », etc., et non de souveraineté territoriale ou d'indépendance — contrastant ainsi avec celles qui sont applicables aux peuples coloniaux — mais également du fait que le projet de déclaration prévoit implicitement le contraire.

Ainsi, l'article 31 énonce que « les peuples autochtones, dans l'exercice spécifique de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales ». L'article 30 prévoit pour sa part que :

[]es peuples autochtones, en particulier ceux qui sont divisés par des frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec les autres peuples autochtones, notamment dans les domaines spirituel, culturel, politique, économique et social. Les États prennent les mesures qui s'imposent pour garantir l'exercice et la jouissance de ce droit.

Dès lors, même si le projet de déclaration reflète le droit positif, il en résulte des droits étendus en faveur des peuples autochtones, mais ces droits se situent à l'intérieur de l'État. Comme le soulignait un auteur commentant une version précédente du projet de déclaration mais dont l'analyse demeure toujours pertinente :

The Working Group Draft falls far short of recognition a right of secession as formulated by some advocates of the emerging discourse of indigenous rights in international law. But the Draft nonetheless responds meaningfully to the repeated demands of indigenous peoples for international legal recognition of their human rights through increased autonomy in defining the terms of their survival within the legal and political systems of their settler state governments⁷³.

La présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones adopte une position tout à fait semblable lorsqu'elle explique le sens et la portée de la reconnaissance du droit à l'autodétermination au bénéfice des peuples autochtones par le projet de déclaration :

73. R. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 38, 695.

Once an independent State has been established and recognized, its constituent peoples must express their aspirations through the national political system, and not through the creation of new States. That is, unless the national political system becomes so exclusive and non-democratic that it is no longer can be said to represent the whole of the population. Continued government representativity and accountability is therefore a condition for continued enjoyment of the right to self-determination, and for continued application of the territorial integrity principle⁷⁴.

Selon Daes, le concept d'autodétermination a pris un nouveau sens dans l'ère postcoloniale : « it is the right of the citizens of an existing, independent State to share power democratically ». Qu'en est-il des peuples autochtones ? Il serait inadmissible et discriminatoire selon elle de leur nier ce droit, car « such an argument would imply not only that they lack the right to secede, moreover, but also that they lack the right to demand full democratic partnership ». Voici sa proposition :

A more logical and useful approach would be to agree, in keeping with the Declaration on Friendly Relations, that indigenous peoples do have the right to self-determination, and that this means that the existing State has a duty to accommodate the aspirations of indigenous peoples through constitutional reforms designed to share power democratically. It also means that indigenous peoples have the duty to try to reach an agreement, in good faith, on sharing power within the existing State, and to exercise their rights to self-determination by this means to the extent possible. With regard to indigenous peoples, then, I believe that the right to self-determination should ordinarily be interpreted as the right to negotiate freely these peoples' political status and representation in the States in which they live⁷⁵.

Même s'il nie aux peuples autochtones certaines conséquences de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, il n'en demeure pas moins que le projet de déclaration tend à leur reconnaître un droit à l'autodétermination interne. Le début de l'article 31, cité précédemment, le prévoit de manière explicite. Cet article énumère d'ailleurs les champs de compétence qui devraient être du ressort des peuples autochtones : l'éducation, l'information, les médias, la culture, la religion, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement, l'accès des non-membres à leur territoire ainsi que les moyens de financer leurs activités autonomes. L'article 32 prévoit que les peuples autochtones pourront choisir « leur propre citoyenneté conformément à leurs coutumes et leurs traditions ». L'article 33, pour sa part, reconnaît aux

74. E.-I.A. DAES, *op. cit.*, note 1.

75. *Ibid.* La présidente du Groupe de travail avait déjà souligné à l'occasion de la dixième session du Groupe de travail que le principe de l'autodétermination, tel qu'il est débattu au sein de ce groupe et pris en considération dans le projet de déclaration, a été employé sous sa forme interne, c'est-à-dire en dehors de toute interprétation susceptible d'encourager la formation d'États indépendants : *Rapport sur les travaux de la dixième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1992/33 (20 août 1992).

autochtones le droit d'élaborer des structures institutionnelles qui leur sont propres et surtout le droit à la reconnaissance de systèmes juridiques autonomes. L'article 21, que l'on retrouve dans une autre section du projet de déclaration, pousse dans la même direction en ce qu'il octroie aux peuples autochtones le droit de concevoir leurs propres systèmes politiques, économiques et sociaux. Cette liste est importante et va bien au-delà des pouvoirs nécessaires à la simple survie culturelle des peuples autochtones.

Donc, sans offrir aux peuples autochtones un droit à l'autodétermination pouvant mener à la souveraineté étatique, le projet de déclaration trace la voie vers l'établissement de véritables gouvernements autonomes autochtones dans le cadre du système juridique national.

Enfin, le projet de déclaration reconnaît, à l'instar de la Convention n° 169, l'importance considérable que les peuples autochtones attachent à leurs terres ancestrales et consacre à cet égard le statut particulier des autochtones en droit international, statut qui est nettement plus contraignant pour les États que la protection qu'ils doivent accorder à leurs minorités. Les articles 25 et 26, en raison de leur importance, méritent d'être cités :

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels, qui les unissent à leurs terres, à leurs territoires, à leurs eaux fluviales et côtières, et aux autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement, et d'assurer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures.

Les peuples autochtones ont le droit de posséder et de mettre en valeur, de gérer et d'utiliser leurs terres et territoires, c'est-à-dire l'ensemble de leur environnement comprenant les terres, l'air, les eaux fluviales et côtières, la banquise, la flore, la faune et les autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement. Ils ont notamment le droit à la pleine reconnaissance de leurs lois, traditions et coutumes, de leur régime foncier et des institutions chargées d'exploiter et de gérer leurs ressources, ainsi qu'à des mesures de protection efficaces de la part des États contre toute ingérence ou toute aliénation ou limitation de ces droits ou tout obstacle à leur exercice.

La lecture du projet de déclaration, s'il était adopté dans sa forme actuelle, démontre que le droit international public relatif aux peuples autochtones connaîtrait une évolution considérable. Même si plusieurs de ses dispositions ne sont que de la *soft law* et même si une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies ne peut créer instantanément un nouveau droit international coutumier, les ressources et le temps que les États consacrent à l'élaboration de ce texte avec les représentants autochtones pourraient donner au document qui sera issu de ce processus une autorité morale et politique qui serait considérable et qui constituerait un

élément significatif des relations intérieures entre les États et les communautés autochtones⁷⁶.

3.3 Le projet de déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones

Lors de sa 90^e session ordinaire tenue au mois de septembre 1995, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a approuvé la première version d'une déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones. Ce texte a été soumis aux gouvernements membres de l'Organisation des États américains, aux organisations autochtones visées et à d'autres institutions et experts pour obtenir leurs commentaires. En tenant compte de ceux-ci, la Commission préparera une version finale qui sera soumise à l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains.

Sur la question du droit à l'autodétermination, le projet de déclaration américaine ressemble à la Convention n^o 169 en ce qu'elle précise que l'emploi du terme « peuples » ne doit pas être interprété comme ayant une relation quelconque avec d'autres droits garantis par le droit international. Cependant, d'entrée de jeu, elle reconnaît dans le préambule que les peuples autochtones des Amériques constituent un élément distinct, structuré et intégrant de la population des États qui les englobent. L'article 15, intitulé « Droit à l'autogestion, à l'autonomie administrative et au contrôle des affaires intérieures », s'inscrit en parfaite harmonie avec les tendances émergentes du droit international en ce qui concerne le droit à l'autodétermination. La Commission prévoit en effet que :

les États reconnaissent que les populations indigènes ont le droit de déterminer, en toute liberté, leur statut politique et de promouvoir leur développement économique, social et culturel, et par conséquent, ils ont droit à l'autonomie ou à l'autogestion en ce qui a trait à leurs affaires intérieures et locales, notamment en ce qui a trait à la culture, la religion, l'éducation, l'information, les moyens de communication, la santé, le logement, l'emploi, le bien-être social, l'activité économique, la gestion des terres et des ressources, l'environnement et l'entrée des non-membres, ainsi que les ressources et les moyens de financer ces fonctions autonomes⁷⁷.

Ces instruments consacrent la reconnaissance par le droit international de droits spéciaux aux peuples autochtones, distincts des droits de la personne et plus larges. Les grands instruments internationaux visent principalement à protéger les droits individuels. Nul doute que les personnes

76. Plusieurs groupes autochtones au Québec et au Canada, qui négocient actuellement leurs revendications territoriales avec les gouvernements visés, s'inspirent dans leurs propositions du projet de déclaration.

77. Cette liste ressemble à s'y méprendre à celle qui est contenue dans l'article du projet de déclaration des peuples autochtones dont il a été fait état précédemment.

appartenant aux peuples autochtones ont également droit aux bénéfices qui découlent de ces droits. Mais les peuples autochtones exigent davantage, car les droits qu'ils invoquent de se gouverner, de déterminer leur statut politique, de protéger leurs terres ancestrales et de préserver leur culture, leur langue et leur religion leur sont bien souvent particuliers. Les droits collectifs n'ont certainement pas atteint le même statut que les droits de la personne en droit international. Cependant, la Convention n° 169 marque une étape vers la reconnaissance accrue des droits collectifs et, évidemment, des droits collectifs des peuples indigènes. La reconnaissance d'un droit formel à l'autodétermination pourrait être la prochaine étape.

3.4 La doctrine

Plusieurs auteurs ont traité de la possibilité que les peuples autochtones puissent être titulaires du droit à l'autodétermination. La majorité considère que ces peuples ne peuvent revendiquer ce droit et adhèrent en cela à l'acceptation classique du droit à l'autodétermination. Elle estime en effet que les « minorités indigènes » n'ont pas le droit de disposer d'elles-mêmes, du moins si cela signifie la création d'un État :

At present, there appears to be little possibility that indigenous, minority political self-determination will be accepted as an international legal norm in the near future, unless a state qualifies under paragraph seven of the Declaration Concerning Friendly Relations. Cultural self-determination may already be accepted, but the grave threat which political self-determination of native minorities presents to the integrity of representative states and to the international legal system will deter states from acquiescing to the natives claims without more⁷⁸.

Certains soutiennent même, mais il s'agit là d'un courant minoritaire, que les peuples autochtones, en tant que groupe, ne jouissent d'aucun droit particulier en vertu du droit international ; ils ne bénéficient que des droits offerts aux individus et aux minorités par les pactes⁷⁹.

Les juristes qui considèrent que les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes admettent que le droit international ne confère ce droit qu'aux peuples sous domination coloniale ou étrangère, mais ils contournent cette difficulté en affirmant que les autochtones doivent justement être traités comme des peuples ayant ces caractéristiques. Selon eux, il faut donner aujourd'hui au terme « peuples », dans les instruments internationaux reconnaissant le droit à l'autodétermination, le sens de tout peuple assujetti à tout type de colonialisme ou de domination étrangère. Ils

78. J.T. PAXMAN, « Minority Indigenous Population and their Claims for Self-Determination », (1989) 21 *Cas. West. R. J. Int'l L.* 185, 202. Voir aussi N. LERNER, *loc. cit.*, note 66, 223.

79. A. LAWREY, *loc. cit.*, note 65. Voir aussi R.A. WILLIAMS, *loc. cit.*, note 38.

concluent ainsi à la qualification des nations autochtones qui ont toujours été sous domination étrangère. Bien que le droit à l'autodétermination ait d'abord été reconnu aux anciennes colonies européennes, ce courant doctrinal prétend qu'il est possible de donner au terme « colonialisme » une définition suffisamment large pour permettre aux nations autochtones de revendiquer le droit à l'autodétermination, même si elles vivent au sein d'États souverains, en l'occurrence le Canada et les États-Unis⁸⁰.

La doctrine la plus récente adopte plutôt le point de vue exprimé plus haut en ce qui a trait au contenu nouveau du droit à l'autodétermination. Si l'emploi du terme rencontre toujours de fortes résistances chez la plupart des États, il apparaît indéniable qu'un consensus solide existe parmi les États :

1. L'autodétermination. [...] les peuples autochtones ont le droit de continuer à exister en tant que groupes distincts et, de ce fait, de prendre en main leur propre destin dans des conditions d'égalité. Ce principe entre en jeu dans toute décision qui est susceptible d'influer sur les intérêts d'un groupe autochtone et, de façon générale, influe sur les paramètres des normes en la matière.

[...]

5. L'autonomie gouvernementale. Se gouverner soi-même est la dimension politique de l'autodétermination continue. Les éléments essentiels de la norme *sui generis* d'autonomie gouvernementale qui se dégage dans le contexte des peuples autochtones trouvent leur fondement à la rencontre de principes largement acceptés d'intégrité culturelle et de démocratie, y compris les principes d'autonomie et d'administration locales. La norme reconnaît l'autonomie administrative ou gouvernementale locale des communautés autochtones suivant leurs formes politiques et culturelles historiques ou actuelles, tout en reconnaissant leur droit de participer réellement à toutes les décisions qui les touchent au sein des institutions gouvernementales plus vastes⁸¹.

La signification contemporaine du droit à l'autodétermination, pour les principaux observateurs de l'évolution du droit international autochtone, en fait un droit à l'autonomie, solution intermédiaire entre l'intégration et la souveraineté, qui peut contenir, selon les circonstances, un grand nombre de droits variés et particuliers :

80. D.M. JOHNSTON, « The Quest of the Six Nations Confederacy for Self-Determination », (1986) 44 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 1. Voir aussi G.T. MORRIS, « In Support of the Right of Self-Determination for Indigenous Peoples under International Law », (1986) 29 *German Yearb. Int'l L.* 277; et D. OPEKOKEW, « International Law, International Institutions, and Indigenous Issues », dans R. THOMPSON (dir.), *The Rights of Indigenous Peoples in International Law: Selected Essays on Self-determination*, Saskatoon, University of Saskatchewan, Native Law Center, 1987.

81. S.J. ANAYA, *loc. cit.*, note 68, 34-36. Voir aussi B. BERG, « Introduction to Aboriginal Self-Government in International Law: An Overview », (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 375. Sur le concept d'autonomie, voir H. HANNUM et R.B. LILLICH, « The Concept of Autonomy in International Law », (1980) 74 *Am. J. Int'l L.* 858.

The essential significance of concept [of self-determination] for indigenous peoples is the right to autonomy over political, social and cultural development, free from state interference. Self-determination presumes the non-interference of government or others within a legitimate sphere of autonomy. With a view toward actual policy-making and implementation, the diversity that exists among Native American tribes necessitates that self-determination not be conceptualized as a rigid political status but instead as a wide range of negotiable rights, sufficiently flexible to accommodate the unique circumstances of individual groups⁸².

Bref, le droit à l'autodétermination qui sera particulier aux peuples autochtones et qui est 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. Cette catégorie intermédiaire présente l'avantage de la flexibilité, mais elle réduit tout de même la souveraineté des États en ce domaine puisqu'elle instaure de nouveaux paramètres que ceux-ci ne pourront ignorer sans enfreindre leurs obligations juridiques internationales.

Par ailleurs, les droits des peuples autochtones, auxquels s'intéresse le droit international, relèvent bien souvent du droit interne des États. Le champ d'application du droit international sur de telles questions s'en trouve réduit, car la sphère de ces droits ressortit de la souveraineté des États. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la principale source de ce nouveau droit international soit l'activité intérieure des États : « La relation interne entre l'État et les peuples autochtones est devenue un objet du droit international, tout comme la relation entre les États et les individus⁸³. » Dès lors, la formation de nouvelles normes coutumières internationales est déjà en marche et s'enrichira au fur et à mesure de la négociation et de la conclusion d'ententes avec les peuples autochtones, que ce soit ici, au Québec et au Canada, ou ailleurs dans le monde⁸⁴. À cet égard, mais cela

82. H. HANNUM, *op. cit.*, note 53, p. 593. J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 211-212, a proposé la définition suivante du concept de l'autonomie gouvernementale : « Autonomous areas are regions of a State, usually possessing some ethnic or cultural distinctiveness, which have been granted separate powers of internal administration, to whatever degree, without being detached from the State of which they are part. For such status to be of present interest, it must be in some way internationally binding upon the central authorities. Given such guarantees, the local entity may have a certain status, although since that does not normally involve any foreign relations capacity, it is necessarily limited. Until a very advanced stage is reached in the progress towards self-government, such areas are not States. »

83. A. BINETTE, « Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et du peuple québécois », conférence prononcée lors de la Conférence annuelle du Conseil canadien de droit international, Ottawa, 22 octobre 1993.

84. Les positions gouvernementales et les ententes qui ont été signées avec des nations autochtones démontrent que les États, y compris les États fédérés, sont prêts à céder des droits significatifs sur d'importantes parties de leurs territoires (voir notamment

dépasse largement la portée de notre article, une étude des systèmes juridiques en vigueur démontrerait l'évolution significative qu'ont connue les droits des peuples autochtones depuis les 20 dernières années⁸⁵.

Au terme du présent article, il est possible de synthétiser en quelques propositions le contenu du droit à l'autodétermination dont les peuples autochtones seraient les titulaires. Le droit à l'autodétermination, qui prend ici la forme particulière d'un droit à l'autonomie des peuples autochtones, est une règle émergente du droit international coutumier, mais elle ne contient pas de droit de sécession. La principale source du droit international coutumier est la pratique des États, doublée de l'opinion des autorités étatiques que cette pratique correspond à une obligation juridique. La particularité dans le cas des peuples autochtones est que la pratique interne des États pourrait jouer un rôle plus déterminant que les engagements conventionnels ou les prises de position des organisations internationales, parce que la relation interne entre l'État et les autochtones est désormais un objet direct du droit international, et parce que les peuples autochtones ont maintenant acquis une personnalité juridique internationale.

Cette norme émergente obligerait les États à négocier avec les peuples autochtones une forme d'autonomie, dans des domaines tels que l'éducation, la culture et la santé, qui comporterait la reconnaissance des institutions politiques qu'ils auront choisi de se donner et de droits territoriaux significatifs qui seront exercés par ces institutions. Cette norme pourrait imposer aux États la négociation de telles ententes avec tous les peuples autochtones sur leur territoire, dans un délai raisonnable. L'obligation de négocier ne comprend pas une obligation de conclure, car l'État doit veiller, de façon prudente et raisonnable, aux intérêts et aux aspirations de l'ensemble des membres de la société dont il a la charge.

Une obligation issue de l'accord des volontés ne pourrait être modifiée que de la manière dont elle a été conclue. La nature consensuelle des accords

l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, l'entente de principe intervenue à l'hiver 1996 entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique et la nation niska'a et l'offre globale de règlement du gouvernement du Québec présentée aux nations atikamekw et montagnaise le 15 décembre 1994). Ces positions apparaissent parfois contradictoires avec celles que ces mêmes gouvernements défendent sur la scène internationale. Cette contradiction s'explique sans doute par le fait que ces États tiennent à ce que les droits des peuples autochtones n'obtiennent pas une reconnaissance internationale qui, comme nous l'avons expliqué, pourrait ultimement nuire à leur souveraineté.

85. Le lecteur pourra consulter avec profit l'étude de J.-F. TREMBLAY et P.-G. FOREST, *Autochtones et autonomie, quelques aspects de politiques gouvernementales dans quatre pays*, coll. « Études et recherches du Secrétariat aux affaires autochtones », Québec, Ministère du Conseil exécutif, Secrétariat aux affaires autochtones, 1993.

intervenues entre l'État et les peuples autochtones pourrait être préservée par le droit international coutumier. Le principe de la souveraineté parlementaire, prééminent en droit interne canadien, ne jouerait alors en droit international qu'à titre de ratification par l'une des parties d'une entente négociée⁸⁶.

Conclusion

De notre analyse de la doctrine et des instruments juridiques internationaux, il est possible de conclure que le droit international ne reconnaît pas à l'heure actuelle aux peuples autochtones un droit de libre disposition externe. Notre conclusion est fondée sur le texte des principaux instruments juridiques internationaux et l'interprétation qu'en a donnée la doctrine. Ainsi, en vertu du droit international positif, seuls les peuples coloniaux ou dominés par une puissance étrangère, ou encore vivant sous un régime d'apartheid, pourraient revendiquer le droit à l'autodétermination. Un peuple subissant de la part de l'État englobant un traitement nettement discriminatoire pourrait vraisemblablement, lui aussi, exercer le droit à disposer de lui-même.

Cela étant, il demeure que la conclusion selon laquelle les peuples autochtones ne tiennent pas du droit international un droit à constituer un État distinct ne signifie nullement qu'il ne s'agit pas de « peuples » au regard de cet ordre juridique, ni que ces peuples ne sont pas titulaires du droit à l'autodétermination. Il est vrai que dans un premier temps l'expression employée était « populations autochtones ». Toutefois, tant dans le projet de déclaration universelle des droits des peuples autochtones que dans la Convention n° 169 sur les peuples indigènes et tribaux, l'expression consacrée est maintenant « peuples autochtones ». Cependant, de façon très significative, ces instruments refusent aux peuples autochtones toutes les conséquences de ce droit. En contrepartie, ils annoncent tous deux un nouveau développement du droit international : la possibilité pour les peuples autochtones de contrôler davantage leur destinée sans que cela ne vienne porter atteinte à la souveraineté de l'État dans lequel ils vivent.

Par conséquent, les peuples autochtones ne pourront plus être considérés comme des minorités possédant pour seuls droits ceux « 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

86. Cette conclusion serait conforme à l'état du droit constitutionnel canadien puisque les droits issus de traités et les droits issus des accords de revendication territoriale jouissent depuis 1982 grâce à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* d'une protection constitutionnelle.

langue⁸⁷ ». En effet, si cela n'est pas déjà une réalité, le droit international consacrera dans les années à venir leur droit à l'autonomie—dont les tenants et les aboutissants restent à être précisés—et le droit de conserver et de développer les liens particuliers qu'ils ont établis avec leurs terres ancestrales.

87. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, art. 27.