

LE CONSENTEMENT PRÉALABLE, LIBRE ET ÉCLAIRÉ DES PEUPLES AUTOCHTONES EN DROIT INTERNATIONAL : LA NÉCESSAIRE REDÉFINITION DE SON CADRE CONCEPTUEL

Frédéric Desmarais

Volume 19, Number 1, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069153ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069153ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Desmarais, F. (2006). LE CONSENTEMENT PRÉALABLE, LIBRE ET ÉCLAIRÉ DES PEUPLES AUTOCHTONES EN DROIT INTERNATIONAL : LA NÉCESSAIRE REDÉFINITION DE SON CADRE CONCEPTUEL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 19(1), 161–209. <https://doi.org/10.7202/1069153ar>

Article abstract

This paper calls into doubt the conceptual framework through which the principle of free, prior and informed consent of indigenous people in international law has emerged. The majority of the relevant literature considers that the principle requires a recognition of the indigenous people's right to self-determination as well as their right to their lands and their permanent sovereignty over their natural resources. In that context, it is scarcely surprising to discern various conflicting forces that undermine its adoption in international law in the short, medium and even the long term. In accordance with the public international law currently in force, indigenous people do not benefit from the right to self-determination. That state of the law is likely to endure for decades to come regardless of the encouraging progresses that have been made in that regard in the United Nations context. This paper adopts a theoretical approach that rests on the cultural integrity and the self-determination models with a view of analysing the manifestations of the principle in, *inter alia*, the UN system, the Inter-American system, the international development banks as well as in Canadian domestic law. It argues that the recognition of the principle should be based on constitutional and/or legislative dispositions, or even case-law developments in domestic law, rather than being geared towards an unlikely recognition of the indigenous people's right to self-determination.

LE CONSENTEMENT PRÉALABLE, LIBRE ET ÉCLAIRÉ DES PEUPLES AUTOCHTONES EN DROIT INTERNATIONAL : LA NÉCESSAIRE REDÉFINITION DE SON CADRE CONCEPTUEL

*Par Frédéric Desmarais**

Cet article vise à remettre en question le cadre conceptuel dans lequel s'inscrit l'émergence du principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international. La littérature majoritaire en la matière considère que ce principe requiert une reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones de même que leurs droits territoriaux et leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles. À cet égard, il n'est guère surprenant de constater que ce principe est confronté à diverses forces divergentes qui minent son adoption en droit international à court, moyen et même à long terme. En vertu du droit international public en vigueur à ce jour, les peuples autochtones ne jouissent pas du droit à l'autodétermination. Il en sera probablement ainsi pendant plusieurs décennies et ce, malgré les développements encourageants à cet effet dans le cadre de l'Organisation des Nations unies. Cet article adopte une approche théorique reposant sur les modèles de l'intégrité culturelle et de l'autodétermination afin d'analyser les manifestations de ce principe au sein, *inter alia*, du système onusien, du système interaméricain, des banques internationales de développement, de même qu'en droit domestique canadien. Il démontre que le principe devrait s'arrimer à des dispositions constitutionnelles et/ou législatives, voire même à des développements jurisprudentiels en droit domestique plutôt qu'à une improbable reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones en droit international.

This paper calls into doubt the conceptual framework through which the principle of free, prior and informed consent of indigenous people in international law has emerged. The majority of the relevant literature considers that the principle requires a recognition of the indigenous people's right to self-determination as well as their right to their lands and their permanent sovereignty over their natural resources. In that context, it is scarcely surprising to discern various conflicting forces that undermine its adoption in international law in the short, medium and even the long term. In accordance with the public international law currently in force, indigenous people do not benefit from the right to self-determination. That state of the law is likely to endure for decades to come regardless of the encouraging progresses that have been made in that regard in the United Nations context. This paper adopts a theoretical approach that rests on the cultural integrity and the self-determination models with a view of analysing the manifestations of the principle in, *inter alia*, the UN system, the Inter-American system, the international development banks as well as in Canadian domestic law. It argues that the recognition of the principle should be based on constitutional and/or legislative dispositions, or even case-law developments in domestic law, rather than being geared towards an unlikely recognition of the indigenous people's right to self-determination.

* B.C.L./LL.B. (Université McGill, obtention en avril 2008); B. Sc. en études internationales (Université de Montréal, 2004); futur stagiaire chez McMillan Binch Mendelsohn. L'auteur tient à remercier Evan Fox-Decent, professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université McGill, pour ses judicieux commentaires et ses encouragements lors de la rédaction de cet article.

Il n'est guère surprenant que, dans le cadre d'une décennie consacrée aux peuples autochtones¹, un mouvement international favorable à une reconnaissance et à une consolidation des droits fondamentaux de ces peuples ait émergé. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'apparition du principe du consentement préalable, libre et éclairé des autochtones en droit international (Principe). Ce principe puise, *inter alia*, ses origines de certaines législations états-uniennes régulant le transport de substances toxiques². Ces initiatives législatives ont inspiré, à l'échelle internationale, l'adoption d'une convention en vertu de laquelle les États disposent d'un droit de veto³. La cohérence interne du Principe nécessite un tel droit, faute de quoi il n'aurait d'applicabilité que dans les cas d'approbation, les cas de désapprobation étant relégués à une violation du fondement même du Principe : le consentement. C'est justement pourquoi la Commission des droits de l'homme (CDH) de l'Organisation des Nations unies (ONU) a elle-même adopté une telle approche en soutenant qu'il existe certains éléments fondamentaux associés à l'exercice du Principe et que « [l]e droit des peuples autochtones de refuser leur consentement ou de dire "non" à des activités de développement inappropriées doit être l'un de ces éléments »⁴.

Il ne s'agit pas ici de retracer l'évolution du Principe⁵. Nous nous contenterons de la définition de travail suivante : le Principe prescrit que lorsqu'un

¹ La décennie s'est entamée le 10 décembre 1994. Voir : *Décennie internationale des populations autochtones*, Rés. AG 48/163, Doc. off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU A/RES/48/163 (1994) [*Résolution 48/163*]. L'Assemblée générale des Nations unies a ultérieurement réitéré les principes animant cette décennie et a enjoint les États membres à poursuivre ses objectifs qui doivent ultimement se couronner par l'adoption d'une déclaration sur les droits des peuples autochtones. Voir : *Décennie internationale des populations autochtones*, Rés. AG 54/150, Doc. off. AG NU, 54^e sess., Doc. NU A/RES/54/150 (2000); *Décennie internationale des populations autochtones*, Rés. AG 55/80, Doc. off. AG NU, 55^e sess., Doc. NU A/RES/55/80 (2001). Le 20 décembre 2004, l'Assemblée générale a adopté la résolution 59/174 qui a proclamé la deuxième Décennie internationale des populations autochtones commençant le 1er janvier 2005 : *Deuxième Décennie internationale des populations autochtones*, Rés. AG 59/174, Doc. off. AG NU, 59^e sess., Doc. NU A/RES/174 (2005).

² Melanie Nakagawa, « Overview of Prior Informed Consent from an International Perspective » (2004) 4 *Sustainable Development Law & Policy* 4 à la p. 4.

³ *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, 10 septembre 1998, 38 I.L.M. 1 (entrée en vigueur : 24 février 2004) [*Convention de Rotterdam*]. Dans le cadre de cette Convention, les États jouissent du droit de refuser l'importation de certains produits chimiques toxiques et pesticides dangereux en vertu du principe du consentement préalable et en connaissance de cause.

⁴ *Document de travail préliminaire sur le principe de consentement préalable donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones concernant des aménagements affectant leurs terres et ressources naturelles, qui serait appelé à servir de cadre à la rédaction par le Groupe de travail d'un commentaire juridique relatif à ce concept, présenté par Antoanella-Iulia Motoc et la Fondation Tebtebba*, Doc. off. CES NU, 22^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4 au para. 27 [*Document préliminaire*].

⁵ Le lecteur est référé aux ouvrages suivants qui dressent exhaustivement l'évolution du Principe en droit international : Parshuram Tamang, *An Overview of the Principle of Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices*, Doc. off. CES NU, 2005, Doc. NU PFII/2004/WS.2/8 aux para. 1-39; Antoanella-Iulia Motoc et Tebtebba Foundation, *Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, Doc. off. CES NU, 23^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1 aux pp. 5-9. Pour avoir une vue d'ensemble sur l'implantation procédurale du Principe, voir notamment : Lyla Mehta et Maria Stankovitch,

projet de développement, de recherche ou de bioprospection mis de l'avant par un État, l'un de ses agents ou par un acteur privé est susceptible d'avoir des impacts sur les territoires, les ressources naturelles ou génétiques ou sur les connaissances traditionnelles d'un peuple autochtone, cet État ou cet acteur privé doit obtenir le consentement préalable, libre et éclairé de ce peuple avant de mettre le projet en branle⁶.

Nonobstant le développement foisonnant du Principe autant au niveau conventionnel, jurisprudentiel et doctrinal en droit international qu'au niveau de la législation domestique de certains États, il demeure chancelant. Sans relever du mythe, sa mise en œuvre effective en droit international est loin d'être une réalité. Cela est, en partie, imputable à la littérature majoritaire en la matière, qui considère que le Principe repose sur deux prérequis : le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et la reconnaissance de leurs droits territoriaux et de leur souveraineté permanente sur les ressources naturelles se trouvant sur leurs territoires⁷. Selon cette littérature, il n'est guère étonnant qu'il en soit ainsi puisque

*indigenous peoples' right of free prior informed consent is one of the particularly important incidents of their collective rights to property and self-determination. (Le droit au consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones est l'une des incidences particulièrement importante de leur droit collectif à la propriété et à l'autodétermination).*⁸ [Notre traduction]

Il est évident qu'une reconnaissance du premier prérequis équivaut *ipso facto* à une reconnaissance du second. Or, cette prédominance du droit à l'autodétermination dans la littérature ne tient pas compte du fait qu'il n'est pas

Operationalisation of Free Prior Informed Consent, Cape Town, World Commission on Dams, Thematic Review 1.2 : Dams, Indigenous People and Vulnerable Ethnic Minorities, 2000. Au sujet de l'applicabilité du Principe aux acteurs privés, voir notamment : *Commentaire relatif aux Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 55^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 au para. 10.

⁶ Pour une analyse des trois éléments constitutifs du Principe, à savoir les notions de préalable, libre et informé, voir notamment : Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones*, Doc. off. CES NU, 4^e sess., Doc. NU E/C.19/2005/3 aux para. 46-50.

⁷ Alléguer qu'il existe une unanimité quant à la nécessaire reconnaissance des deux prérequis serait faire preuve d'un manque de rigueur scientifique. Il n'en demeure pas moins qu'un consensus quasi généralisé est discernable tant au niveau onusien qu'au niveau doctrinal. Voir notamment : Indian Law Resource Center, *Indigenous Peoples' Right Of Free Prior Informed Consent With Respect To Indigenous Lands, Territories and Resources*, Doc. off. CES NU, 2005, Doc. NU PFII/2004/WS.2/6 aux pp. 1-2; Yozo Yokota et Conseil Saami, *Indications destinées à orienter l'examen du projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones*, Doc. off. CES NU, 22^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5 au para. 19; Margaret Satterhwaite et Deena Hurwitz, « The Right of Indigenous Peoples to Meaningful Consent in Extractive Industry Projects » (2005) 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 1 à la p. 3; Alex Page, « Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System » (2004) 4 *Sustainable Development Law & Policy* 16 à la p. 17; Tamang, *supra* note 5 au para. 51; Motoc et Tebtebba Foundation, *supra* note 5 aux para. 33-44.

⁸ Indian Law Resource Center, *ibid.* à la p. 2.

l'unique garant possible du Principe. Des dispositions constitutionnelles et/ou législatives internes s'avèreraient tout aussi en mesure de conférer un droit de veto aux populations autochtones, tout en étant plus à même de répondre aux spécificités nationales de chaque État⁹. Le droit à l'autodétermination constitue certes la solution de prédilection pour mettre en œuvre le Principe. Sa reconnaissance permettrait de mettre, *de jure*, État et peuples autochtones sur un pied d'égalité. Toutefois, étant donné la réticence des États à l'égard d'une éventuelle reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones et l'ambiguïté du droit international à ce sujet, il faut procéder à une refonte de l'appréciation scientifique du Principe afin d'en réduire la subordination au droit à l'autodétermination. Cette opiniâtreté de la littérature majoritaire ne fait que réitérer la réclamation autochtone du droit à l'autodétermination vieille d'un demi-siècle, sans pourtant contribuer à la formation d'un nouveau paradigme apte à pourvoir au Principe dans l'attente de la quasi-illusoire reconnaissance de ce droit. C'est pourquoi le recours à des dispositions constitutionnelles ou législatives internes, s'inspirant des développements en droit international en la matière, constitue le moyen à privilégier pour mettre en œuvre le Principe de manière effective.

En droit international, deux modèles théoriques prévalent en ce qui concerne la protection des droits des peuples autochtones : le modèle de l'intégrité culturelle et le modèle de l'autodétermination. En adoptant le cadre analytique offert par ces deux modèles, une prépondérance de la norme de l'intégrité culturelle sous-jacente au premier s'observe. Résultant d'une mauvaise compréhension des États à l'égard des revendications autochtones au chapitre du droit à l'autodétermination, cette prépondérance est de mauvais augure pour la mise en œuvre effective du Principe tel qu'envisagé par la littérature, en ce qu'elle témoigne de l'inexistence de ce droit en droit international. Tel que l'enseigne le modèle de l'autodétermination qu'adopte cette littérature, ce droit doit forcément être reconnu aux peuples autochtones afin de leur conférer un droit de veto sur lequel repose la cohérence interne du Principe. Quant au modèle de l'intégrité culturelle, il met l'accent sur l'unicité de la relation qu'entretiennent les peuples autochtones avec leur territoire, ne leur octroyant de ce fait qu'un droit de consultation et/ou de participation. C'est sous cette dimension que doit s'apprécier le foisonnement des sources juridiques protégeant les droits territoriaux des peuples autochtones. Au Canada, le Principe ne s'est jamais manifesté intégralement, ne serait-ce qu'en vertu du fait que ni le droit international ni le droit canadien ne permettent aux peuples autochtones de jouir du droit à l'autodétermination. L'obligation de consultation qui incombe à la Couronne lorsqu'elle souhaite mettre en branle des activités ayant des incidences sur les territoires des peuples autochtones constitue l'unique obligation juridique qui s'apparente au Principe. Or, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada (CSC) en

⁹ C'est le cas de la loi philippine suivante : *Republic Act No. 8371, An Act to Recognize, Protect and Promote the Rights of Indigenous Cultural Communities/Indigenous People, Creating a National Commission of Indigenous People, Establishing Implementing Mechanisms, Appropriate Funds Therefore, and for Other Purposes*, 1997, en ligne : Chan Robles Virtual Law Library <<http://www.chanrobles.com/republicactno8371.htm>>.

la matière n'entérine point l'existence d'un droit de veto dont pourraient se prévaloir les peuples autochtones du Canada.

Afin de bien illustrer notre propos, il faut d'abord s'interroger sur les deux prérequis. C'est pourquoi la première partie de cet article vise à approfondir l'état du droit international portant sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et de leur droit à leurs territoires et aux ressources s'y trouvant. Elle met en évidence la prépondérance de la norme de l'intégrité culturelle qui témoigne de l'inexistence du droit à l'autodétermination des peuples autochtones comme résultat d'une mauvaise lecture des États à l'égard de leurs revendications à ce sujet. La deuxième partie, quant à elle, est destinée à une évaluation du droit international qui alimente le Principe. Tout en conservant à l'arrière-plan les conclusions obtenues dans le cadre de la première partie, la seconde traite de l'érosion progressive de la cohérence interne du Principe. Cette érosion découle de l'inexistence d'un droit de veto, laquelle découle de l'état du droit en matière du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. C'est en ce sens que, outre le *Projet de Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones*¹⁰ qui représente l'instrument le plus prometteur en droit international en la matière, le *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*¹¹, les diverses politiques des banques de développement et la *Convention sur la diversité biologique*¹² hypothèquent l'avenir du Principe. Finalement, la troisième partie s'intéresse à la situation canadienne qui révèle que non seulement le gouvernement canadien ne reconnaît qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale aux peuples autochtones, mais également que l'obligation de consultation ne saurait faire l'objet d'une association, aussi mineure soit-elle, avec les postulats fondamentaux du Principe.

¹⁰ *Projet de Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones*, reproduit en annexe dans Conseil des droits de l'homme, *Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme chargé d'élaborer un projet de déclaration conformément au paragraphe 5 de la résolution 49/214 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 1994*, 29 juin 2006, en ligne : Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/french/issues/indigenous/docs/declaration.doc>> [*Projet de Déclaration des Nations unies*]. C'est dans ce document que le Conseil des droits de l'homme a officiellement adopté la *Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones* et a recommandé son adoption par l'Assemblée générale de l'ONU.

¹¹ OÉA, Conseil permanent, *Note du Secrétaire exécutif de la Commission interaméricaine des droits de l'homme au sujet du « Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones »*, Doc. off. OEA/Ser.G/CP/Doc.2878/97 (1997) [Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*]. Il s'agit de la version originale de la déclaration rédigée par la Commission interaméricaine. Il existe toutefois deux autres versions modifiées : OÉA, Conseil permanent, Commission des questions juridiques et politiques, Groupe de travail chargé d'élaborer le *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones, Rédaction intégrée du Projet de Déclaration élaborée par le Président du Groupe de travail*, Doc. off. OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.139/03 (2003) [Président du Groupe de travail, *Projet de Déclaration interaméricaine*]; OÉA, Conseil permanent, Commission des questions juridiques et politiques, Groupe de travail chargé d'élaborer le *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones, Record of the Current Status of the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Outcomes of the Seven Meetings of Negotiations in the Quest for Points of Consensus, held by the Working Group)*, Doc. off. OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.260/06 rev.1 (2006) [Réunion pour la quête d'un consensus, *Projet de Déclaration interaméricaine*].

¹² *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).

I. Les deux prérequis à l'existence du Principe

A. Les modèles de l'intégrité culturelle et de l'autodétermination

Cette section ne prétend pas produire un inventaire des expressions concrètes des deux modèles en droit international. Cet objectif incombe plutôt aux prochaines sections. Il s'agit ici de mettre en place les lignes directrices qui orienteront notre propos par une introduction aux fondements des deux modèles et des droits qui en découlent.

Force est d'admettre que la norme de l'intégrité culturelle, véritable ossature du modèle portant le même nom¹³, constitue l'une des protections les plus solides des droits territoriaux des peuples autochtones¹⁴. C'est qu'au-delà de la culture autochtone que la norme recherche à préserver, elle parvient aussi à protéger les droits territoriaux des peuples autochtones en vertu de l'unicité de la relation qui existe entre ceux-ci et leurs territoires. Ce modèle outrepassa la simple protection des expressions culturelles autochtones à laquelle pourvoit d'ores et déjà l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture¹⁵. Tel que le signale une étude de l'ONU, l'identité culturelle des peuples autochtones repose sur des fondements matériels et spirituels que sous-tend la relation qu'ils entretiennent avec leurs territoires¹⁶.

Sous le modèle de l'intégrité culturelle, la protection des droits territoriaux se justifie par l'unicité de cette relation. Prise isolément, cette protection ne peut s'appuyer sur la souveraineté permanente des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles, celle-ci étant assujettie à une reconnaissance de leur droit à

¹³ Ce modèle est surtout prolifique dans les divers ouvrages de James S. Anaya. Voir notamment : James S. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2004 aux pp. 131-41 [Anaya, *Indigenous Peoples*]; James S. Anaya, « International Human Rights and Indigenous Peoples : The Move Toward the Multicultural State » (2004) 21 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 13 aux pp. 16-27.

¹⁴ Patricia Fry, « A Social Biosphere: Environmental Impact Assessment, the Innu, and Their Environment » (1998) 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 177 à la p. 210.

¹⁵ Voir notamment, *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001, art. 4, en ligne : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf>>; *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, préambule, art. 3, 7, en ligne : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf>> (entrée en vigueur : 18 mars 2007); *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 17 octobre 2003, préambule, en ligne : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540f.pdf>> (entrée en vigueur : 20 avril 2006); *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, 19 octobre 2005, préambule, en ligne : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture <http://portal.unesco.org/shs/fr/file_download.php/8b2c1784f8c5d651d4f30ad6d1265870BioethicsDeclaration_FR.pdf>.

¹⁶ Erica-Irène A. Daes, Rapporteur spécial, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Doc. off. CES NU, 53^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/21 (2001) au para. 13.

l'autodétermination¹⁷. Par conséquent, ce modèle génère une protection de nature foncièrement procédurale¹⁸. Il accorde trois types de droits aux peuples autochtones : un droit de consultation, un droit de participation dans l'utilisation dont feront l'objet leurs territoires, leurs ressources ou leurs connaissances à leur sujet, de même qu'un droit de partage dans les bénéfices qui en résultent et un droit de compensation lorsque l'État procède lui-même ou donne son assentiment à un projet qui transgresse ces droits¹⁹.

Alors que le modèle de l'intégrité culturelle est incapable de déclasser la souveraineté étatique, le modèle de l'autodétermination y parvient. Le droit des peuples autochtones de s'autodéterminer entraîne dans ses sillages leur droit d'exercer un contrôle exclusif sur leur développement culturel, économique et social qui, en vertu, *inter alia*, de l'unicité de leur relation avec leurs territoires, comporte un droit de contrôle exclusif sur ceux-ci et sur leurs ressources naturelles²⁰. Il est impossible de dissocier le Principe et le droit de veto qui en découle d'une reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones qui présume forcément l'obtention du consentement des communautés autochtones²¹. Cette interdépendance que présuppose ce modèle, tout comme la littérature majoritaire qui fait sienne ces postulats, omet de prendre en considération qu'un droit de veto peut être octroyé en l'absence d'un droit à l'autodétermination, pourvu toutefois que la disposition constitutionnelle ou législative interne à son origine détienne un caractère obligatoire susceptible d'en garantir le respect inconditionnel. Et là réside tout le problème!

B. La lecture erronée des États à l'égard des revendications autochtones portant sur leur droit à l'autodétermination

Les nations autochtones ont invoqué à maintes reprises leur droit à l'autodétermination²². Dans l'état actuel du droit international, ce droit ne s'avère que

¹⁷ Erica-Irène A. Daes, Rapporteur spécial, *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, Doc. off. CES NU, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2004/30 (2004) au para. 17 [Daes, *Souveraineté permanente*].

¹⁸ Cherie Metcalf, « Indigenous Rights and the Environment: Evolving International Law » (2003-2004) 35 R.D. Ottawa 101 à la p. 115.

¹⁹ *Ibid.* à la p. 111. L'article de Cherie Metcalf examine la relation entre les droits des peuples autochtones et le droit international de l'environnement. Il pourrait être allégué que l'incorporation de son analyse dans le cadre de cette étude fait état d'un manque flagrant de rigueur scientifique, ce à quoi nous rétorquons que son article s'intéresse à la protection que le droit international met à la disposition des peuples autochtones afin de protéger leur environnement de projets pouvant l'affecter. Par conséquent, son analyse s'apparente plus qu'elle ne diffère de la nôtre, ne serait-ce que parce qu'au cœur de la protection de l'environnement des peuples autochtones se situe invariablement l'enjeu de leurs droits territoriaux qui sont à la base même de notre analyse.

²⁰ *Ibid.* à la p. 125.

²¹ *Ibid.* à la p. 128.

²² Voir notamment : *Declaration of Principles of Indigenous Rights*, 23-30 septembre 1984, Panama, adoptée par la Quatrième Assemblée générale du Conseil mondial des peuples autochtones, reproduite dans Anaya, *Indigenous Peoples*, supra note 13, 296, principe 2; *Declaration of Principles on the Rights of Indigenous Peoples*, juillet 1987, Genève, adoptée par des représentants des peuples autochtones et des organisations autochtones réunis à Genève en juillet 1985 en préparation de la

peu prometteur pour protéger adéquatement leurs droits territoriaux. Selon le modèle de l'autodétermination, seul ce droit fondamental cautionne l'existence d'un droit de veto sur lequel repose la cohérence interne du Principe. La réticence que manifestent les États face à sa reconnaissance résulte d'une mauvaise lecture des revendications autochtones. Les peuples autochtones ne convoitent généralement pas la dimension externe du droit à l'autodétermination, soit le droit à la sécession, mais plutôt sa dimension interne, c'est-à-dire le droit d'un peuple de poursuivre librement et à sa guise son développement économique, social et culturel²³. La discussion qui suit se divise en deux sections : le droit à l'autodétermination en droit international et le droit à l'autodétermination des peuples autochtones.

1. LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN DROIT INTERNATIONAL : LE SPECTRE DE SA DIMENSION EXTERNE

Dans l'affaire relative au *Timor oriental*, la Cour internationale de justice (CIJ) a statué que le droit à l'autodétermination constitue un droit opposable *erga omnes*²⁴. Déjà avant 1995, date du jugement de la CIJ, la doctrine en était venue à la conclusion qu'il s'agissait d'un droit s'étant cristallisé en coutume internationale²⁵, voire même en une norme impérative du droit international (*jus cogens*)²⁶. La *Charte des Nations unies*²⁷ y faisait déjà référence en 1945. Il ne s'agissait néanmoins que d'un objectif que se fixait l'ONU, qui ne consacrait nullement une obligation juridique pour les États membres de se soumettre au libellé de l'article 1(2) qui en

Quatrième session du Groupe de travail des Nations unies sur les populations autochtones, et réaffirmée et amendée par des représentants des peuples autochtones et des organisations autochtones réunis à Genève en juillet 1987 en préparation de la Cinquième session du Groupe de travail des Nations unies sur les populations autochtones, reproduite dans Anaya, *Indigenous Peoples*, *supra* note 13, 298 au para. 2.

²³ Pour une analyse plus approfondie des deux dimensions du droit à l'autodétermination dans une perspective mettant l'accent sur les peuples autochtones, voir notamment : John B. Henriksen, « Implementation of the Right of Self-Determination of Indigenous Peoples » dans Marianne Jensen, dir., *Indigenous Affairs: Self-Determination*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2001, 6 aux pp. 9-11. À ce sujet, il est impossible de passer sous silence l'inacceptation de James S. Anaya de la nature duale du droit à l'autodétermination. Selon lui, elle relève d'une conception erronée de l'univers humain. Il argue que le terme peuple, auquel renvoie le droit à l'autodétermination, doit s'apprécier à la lumière des dynamiques associationnelles et culturelles qui façonnent l'expérience humaine plutôt que sous un paradigme d'associations d'individus dans une sphère territoriale exclusive où l'État occupe un rôle central. L'État n'étant plus le centre de gravité des associations d'individus, nul besoin y a-t-il de maintenir en place cette dichotomie qui présuppose sa présence. Voir, Anaya, *Indigenous Peoples*, *supra* note 13 aux pp. 100-05.

²⁴ *Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie)*, [1995] C.I.J. rec. 90 à la p. 102.

²⁵ Voir notamment, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990 à la p. 298; James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979 à la p. 84; Rosalyn Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Londres, Oxford University Press, 1963 à la p. 103; Wentworth Otuatye-Kodjoe, *The Principle of Self-Determination in International Law*, New York, Nellen, 1977 à la p. 150.

²⁶ Héctor Gros Espiell, *The Right to Self-Determination: Implementation of the United Nations Resolutions Relating to the Right of Peoples under Colonial and Alien Domination to Self-Determination*, Doc. off. CES NU, 1980, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 au para. 85.

²⁷ *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, 15 C.N.U.O.I. 365 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

exprimait la teneur, ni même ne fallait-il y entrevoir une reconnaissance de sa dimension externe²⁸. Ce n'est qu'en vertu de la *Déclaration des Nations unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* que la dimension externe acquiert une applicabilité effective qui se circonscrit toutefois aux peuples sous subjugation étrangère résultant du colonialisme²⁹.

Les articles premiers du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* réitèrent ce droit, par-delà le contexte du colonialisme, dans un libellé identique : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »³⁰.

Il n'est guère étonnant que, quelques années après leur adoption, l'Assemblée générale de l'ONU ait ressenti le besoin de tempérer l'étendue de ce droit par l'entremise de 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*³¹. C'est que le spectre de la dimension externe ennuie les États puisqu'elle a le potentiel de porter atteinte à leur intégrité territoriale. C'est pourquoi cette *Déclaration* prévoit, tout en y réaffirmant le droit à l'autodétermination, que celui-ci ne peut s'exercer lorsque le peuple qui l'invoque fait partie intégrante d'un État doté d'un « gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur »³². Il s'ensuit donc que l'exercice du droit à l'autodétermination externe ne vise que les cas d'espèce suivants : les peuples soumis à une domination coloniale, à une subjugation et/ou une exploitation étrangère ou les peuples faisant sécession de leur État parent avec son assentiment ou dont l'État parent s'est désintégré³³. Fortement politisée, la polémique à ce sujet perdure. Il n'en demeure pas moins que l'intégrité territoriale semble avoir préséance sur le droit à l'autodétermination³⁴.

²⁸ Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p. 232.

²⁹ *Déclaration des Nations unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. AG 1514 (XV), Doc. off. AG NU, 15^e sess., supp. n° 16, Doc. NU A/4684 (1960) 70.

³⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 à l'art.1 (entrée en vigueur : 23 mars 1976); *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 à l'art. 1 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

³¹ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess., supp. n° 28, Doc. NU A/8028 (1970) 131.

³² *Ibid.* à la p. 134.

³³ Andrew Huff, « Indigenous Rights, Local Resources and International Law: Indigenous Land Rights and the New Self-Determination » (2005) 16 *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y.* 295 à la p. 313. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la CSC fait allusion à une catégorie selon laquelle le droit à l'autodétermination peut conduire à un droit de sécession lorsqu'un peuple se voit priver d'exercer effectivement son droit à l'autodétermination interne. Elle signale cependant que, en plus de s'apparenter aux deux premiers cas établis ci-dessus, il règne toujours un état d'incertitude quant à savoir si cette catégorie reflète une norme juridique établie, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 aux para. 134-35.

³⁴ Arbour, *supra* note 28 à la p. 237.

2. LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION ET LES PEUPLES AUTOCHTONES

Puisque le droit à l'autodétermination est un droit collectif³⁵, l'interrogation qui s'impose est celle de savoir si les collectivités autochtones peuvent être considérées comme étant des peuples, terme toujours nébuleux auquel le droit international n'a pas encore octroyé une définition formelle. Dans l'affirmative, elles deviendraient ainsi des bénéficiaires potentiels de ce droit, sous réserve des limites fixées à son exercice par le droit international.

D'après une étude de l'ONU, trois facteurs sont caractéristiques d'un peuple : le groupe sollicitant cette qualification doit former une unité sociale disposant d'une identité distincte et de caractéristiques qui lui sont propres, il doit entretenir une relation avec un territoire donné et il doit revendiquer un statut qui excède le statut de minorité ethnique, linguistique ou religieuse³⁶. Sur cette base, la doctrine s'est empressée d'accoler la qualification de peuple aux collectivités autochtones³⁷. Par exemple, le CDH, par la voie d'Erica-Irène A. Daes, a confirmé l'inexistence d'une définition légale formelle du terme peuple, mais s'est néanmoins aventuré dans l'affirmation selon laquelle :

Indigenous groups are unquestionably "peoples" in every political, social, cultural and ethnological meaning of this term, [...] It is neither logical nor scientific to treat them as the same "peoples" as their neighbours, who obviously have different languages, histories and cultures. (Les peuples autochtones sont indubitablement des peuples dans tous les sens politiques, sociaux, culturels et ethniques que revêt ce terme. [...] Il n'est ni logique ni scientifique de les traiter comme étant des personnes faisant partie intégrante de leurs peuples voisins qui détiennent des langues, des histoires et des cultures différentes).³⁸ [Notre traduction]

³⁵ L'article 2 du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est une expression du droit conventionnel reflétant bien la nature collective du droit à l'autodétermination en édictant que nulle collectivité ne peut présenter une communication écrite au Comité des droits de l'homme alléguant une violation du droit à l'autodétermination : *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*Protocole facultatif*]. Conformément à cet article, le Comité des droits de l'homme reboute toute action dans laquelle une collectivité autochtone allègue une violation de l'article 1. À ce sujet, voir notamment les deux cas suivants dans lesquels le Canada est partie : *Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada*, Communication No. 167/1984, Doc. off. HRC NU, 38^e sess., Doc. NU CCPR/C/38/D/167/1984 (1990) au para 32.1 [*Ominayak*]; *A.D. c. Canada*, Communication No. 78/1980, Doc. off. HRC NU, 22^e sess., Doc. NU CCPR/C/22/D/78/1980 (1984) aux para. 7.1-7.3.

³⁶ Aureliu Cristescu, *The Right of Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instrument*, New York, Publications des Nations Unies, 1981 à la p. 41.

³⁷ Voir notamment : Erica-Irène A. Daes, « Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination » (1993) 3 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 1 à la p. 6; John Howard Clinebell et Jim Thomson, « Sovereignty and Self-Determination: The Rights of Native Americans under International Law » (1978) 27 *Buff. L. Rev.* 669 à la p. 710; Anaya, *Indigenous Peoples*, *supra* note 13 aux pp. 100-03; Henriksen, *supra* note 23 à la p. 9.

³⁸ Erica-Irène A. Daes, *Explanatory Note Concerning the Draft Declaration on the Rights of Indigenous People*, Doc. off., CES NU, 45^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1 (1993) au para. 7 [*Daes, Explanatory Note*].

C'est aussi par un tel raisonnement déductif précaire que Martin Scheinin termine un article en énonçant que

[ma]ny of the indigenous peoples of the world qualify as “peoples” for the purposes of ICCPR article 1 and are, hence, entitled to the right of self-determination. (Plusieurs peuples autochtones du monde se qualifient comme “peuples” pour les fins de l'article 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et sont, par conséquent, bénéficiaires du droit à l'autodétermination).³⁹ [Notre traduction]

La disparité qui existe entre les diverses collectivités autochtones, même au niveau purement local, aurait dû freiner ce mouvement doctrinal, notamment parce que le phénomène autochtone est, à l'instar de tout phénomène social complexe, protéiforme⁴⁰. Par ailleurs, la pratique des États n'a jamais confirmé que les communautés autochtones sont bel et bien des peuples. Il suffit d'invoquer, tout comme le fit Erica-Irène A. Daes, l'inexistence d'une définition légale formelle et universellement acceptée par les États du terme peuple pour s'en convaincre.

Il s'avère néanmoins intéressant, pour les fins de cette analyse, de présumer que les peuples autochtones constituent des peuples au sens du droit international et jouissent donc du droit à l'autodétermination. Si c'était effectivement le cas, il s'ensuivrait que les peuples autochtones disposeraient d'un droit de veto sur les projets de développement affectant leurs territoires et leurs ressources naturelles, puisque

[I]and and resource rights [...] cannot be excluded from indigenous peoples' right to self-determination. (Les droits territoriaux et les droits sur les ressources s'y trouvant ne peuvent [...] être exclus du droit des peuples autochtones à l'autodétermination).⁴¹ [Notre traduction]

Ce droit découle de la dimension économique du droit à l'autodétermination tel qu'édictée par l'article 1(2) des deux *Pactes*⁴², qui s'avère d'une importance cruciale pour les sociétés autochtones étant donné l'unicité de leur relation avec leurs territoires qui sont les garants de leur survie politique, économique, sociale et culturelle. Même le Comité des droits de l'homme (Comité) met un accent particulier

³⁹ Martin Scheinin, « Indigenous Peoples' Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights » dans Joshua Castellino et Niamh Walsh, dir., *International Law and Indigenous Peoples*, Boston, Martinus Nijhoff, 2005, 3 à la p. 15.

⁴⁰ À ce sujet, voir notamment, John A. Mills, « Legal Constructions of Cultural Identity in Latin America: An Argument Against Defining Indigenous Peoples » (2002) 8 *Tex. Hispanic J.L. & Pol'y* 49.

⁴¹ Henriksen, *supra* note 23 à la p. 10. À ce sujet, voir également, Antonio Arenales Forno, « Droit à l'autodétermination et peuples autochtones : une perspective gouvernementale » dans *Séminaire Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2002, 44 à la p. 48.

⁴² *Supra* note 30.

sur cette réalité dans ses rapports d'observations⁴³. Toujours en présumant que les peuples autochtones sont des peuples au sens du droit international, une question s'impose : le droit international conventionnel en vigueur à ce jour ratifie-t-il un droit de veto découlant d'une reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones?

a) *La Convention révisée de l'OIT (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*⁴⁴

La *Convention n° 169*⁴⁵ est « sans aucun doute le traité international le plus complet et le mieux adapté à la problématique autochtone »⁴⁶. À ce titre, comment se positionne-t-elle à l'égard du droit à l'autodétermination?

L'article 1(3) édicte :

L'emploi du terme "peuples" dans la présente *Convention* ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international.⁴⁷

⁴³ Voir notamment, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Norway.01/11/99*, Doc. off. HRC NU, 67^e sess., Doc. NU CCPR/C/79/Add.112 (1999) au para. 17 [*Observations : Norway*]; *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Australia. 24/07/2000*, Doc. off. HRC NU, 69^e sess., Doc. NU A/55/40 (2000) au para. 507 [*Observations : Australia*]; *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada. 07/04/99*, Doc. off. HRC NU, 65^e sess., Doc. NU CCPR/C/79/Add.105 (1999) au para. 8 où le Comité : « souligne que le droit à l'autodétermination exige notamment que tous les peuples soient en mesure de disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles et qu'ils ne peuvent être privés de leurs propres moyens de subsistance (art. 1, par. 2) » [*Observations : Canada*].

⁴⁴ *Convention révisée de l'OIT (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 27 juin 1989, Bulletin officiel de l'OIT, vol. LXXII, ser. A, n° 2 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991) [*Convention n° 169*]. Dix-sept États sont parties à la *Convention* : la Norvège, le Mexique, la Colombie, la Bolivie, le Costa Rica, le Paraguay, le Pérou, l'Honduras, le Danemark, le Guatemala, les Pays-Bas, les Îles Fidji, l'Équateur, l'Argentine, le Vénézuëla, la République dominicaine et le Brésil. En vertu de l'article 36, cette *Convention* révisé la *Convention (n° 107) de 1957 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, 26 juin 1947, 328 R.T.N.U. 247 (entrée en vigueur : 2 juin 1959). Cette *Convention* a eu mauvaise presse parce qu'elle était animée par des objectifs d'intégration des populations autochtones aux sociétés majoritaires. Plusieurs auteurs y ont vu un objectif d'assimilation. Voir, Michael Hudson, « La *Convention n° 169* relative aux peuples autochtones et tribaux de l'OIT : Observation sur son importance et son actualité au Canada » (1989) 6.1 R.Q.D.I. 98 à la p. 98. Le Canada n'est pas partie à la *Convention n° 169*. Le gouvernement canadien considère que certaines de ses dispositions entrent en conflit avec le droit interne du Canada. Voir, Nicole LaViolette, « Les principaux instruments internationaux en matière de droits de la personne auxquels le Canada n'a pas encore adhéré » (2003) 16 R.Q.D.I. 77 aux pp. 98-108.

⁴⁵ *Convention n° 169, ibid.*

⁴⁶ Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 à la p. 8.

⁴⁷ *Convention n° 169, supra* note 44, art. 1(3).

De l'aveu même de l'Organisation internationale du travail (OIT), l'octroi du droit à l'autodétermination outrepassa son mandat⁴⁸. C'est pourquoi cet article a été rédigé afin de couper le lien entre la qualification de « peuple » et le droit à l'autodétermination. L'OIT a plutôt sélectionné un paradigme d'autonomie gouvernementale⁴⁹ qui est notamment perceptible dans le préambule et à l'article 7(1)⁵⁰.

Le corollaire de l'absence d'un droit à l'autodétermination est l'inexistence d'un droit de veto, du moins à la lumière du modèle de l'autodétermination⁵¹. C'est pourquoi l'article 6(1) n'octroie qu'un droit de consultation aux peuples autochtones lorsque les autorités gouvernementales mettent en branle des mesures pouvant les affecter et que l'article 15(2) en fait de même au sujet de projets miniers. C'est également pourquoi l'article 6(2) prévoit que, dans les consultations effectuées dans le cadre de la *Convention*⁵², le seul objectif dont sont investis les acteurs y participant est celui de parvenir soit à un accord, soit à l'obtention d'un consentement. Il s'agit ici d'un droit de consultation qui est loin d'être l'expression d'un droit à l'autodétermination⁵³. Comme le concède l'OIT, il est loin d'être question d'une attribution d'un droit de veto⁵⁴.

Comment harmoniser l'inexistence du droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans la *Convention n° 169*⁵⁵, instrument de prédilection en matière de droits autochtones, et le fait que le Comité⁵⁶, des études onusiennes⁵⁷ et la

⁴⁸ Organisation internationale du travail, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (N° 169): A Manual*, Genève, Organisation internationale du travail, 2003 à la p. 9.

⁴⁹ *Ibid.* aux pp. 9-10.

⁵⁰ *Convention n° 169, supra* note 44. Le paragraphe pertinent du préambule énonce : « Prenant acte de l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions, de leurs modes de vie et de leur développement économique propres et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des États où ils vivent ». L'article 7(1), quant à lui, prévoit : « Les peuples intéressés 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'il occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des plans et des programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement ».

⁵¹ À ce sujet, il est intéressant de noter que même l'article 16 qui prévoit que le consentement libre et en connaissance de cause des peuples autochtones doit être obtenu avant de procéder à une relocalisation de ceux-ci ne représente qu'un objectif normatif. S'il s'avère impossible d'obtenir ce consentement, il prévoit que la relocalisation peut avoir lieu, sous réserve d'une mise en place de procédures appropriées préalables à sa mise en œuvre.

⁵² *Convention n° 169, supra* note 44.

⁵³ Bartolomé Clavero, « The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies » (2005) 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 41 à la p. 45.

⁵⁴ Organisation internationale du travail, *supra* note 48 à la p. 16.

⁵⁵ *Convention n° 169, supra* note 44.

⁵⁶ Voir notamment, *Observations du Comité des droits de l'homme : Mexico*, 27/07/99, Doc. off. HRC NU, 66^e sess., Doc. NU CCPR/C/79/Add.109 (1999) au para. 19 [*Observations : Mexico*]; *Observations : Norway, supra* note 43 au para. 17; *Observations : Australia, supra* note 43 aux para. 506-08; *Observations : Canada, supra* note 43 aux para. 7-8.

doctrine⁵⁸ n'hésitent point à leur reconnaître ce droit? Réponse : la *Convention n° 169*⁵⁹ reflète l'état du droit international qui en est un d'exclusion des peuples autochtones du droit à l'autodétermination⁶⁰. Un postulat fondamental du principe nous suggère que « *[t]he principle of FPIC is central to IPs' exercise of their right to self-determination with respect to developments affecting them. (Le [Principe] est au cœur de l'exercice du droit à l'autodétermination des peuples autochtones)* »⁶¹ [Notre traduction]. Si ce droit fait partie intégrante du répertoire des droits bien enracinés en droit international, tout juriste qui se vouerait à une étude du Principe afin d'en découvrir le caractère réel ou mythique le ferait en pure perte, le Principe étant, selon ce postulat, un dérivé du droit à l'autodétermination dont bénéficierait préalablement les peuples autochtones. Le simple fait que le Principe suscite polémique témoigne de l'inexistence du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. C'est justement pourquoi la corrélation établie entre le Principe et le droit à l'autodétermination par la littérature doit susciter une refonte de son appréciation scientifique. Il faut, en effet, en garantir sa mise en œuvre immédiatement plutôt que de l'arrimer à une quasi-improbable reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Or, à court terme, seules des dispositions constitutionnelles ou législatives internes sont en mesure d'être adoptées rapidement afin de conférer une force obligatoire au Principe.

b) *L'existence d'une règle coutumière d'exclusion?*

Bartolomé Clavero prétend que les peuples autochtones sont affligés par une norme coutumière d'exclusion qui fait obstacle à leur droit à l'autodétermination⁶². Malgré l'audace dont fait preuve son article, il a néanmoins le mérite d'attester que

*[t]he right of peoples to self-determination currently exists in the international regime, but it is undermined by the weight of a customary norm of indigenous exclusion. (Le droit des peuples à l'autodétermination existe effectivement en droit international, mais il est miné par le poids d'une norme coutumière excluant les peuples autochtones de sa portée).*⁶³
[Notre traduction]

Abstraction faite de cette thèse, même si les peuples autochtones pouvaient légitimement aspirer au droit à l'autodétermination, le droit international ne leur a pas conféré un tel droit dans le cadre d'une convention internationale actuellement en

⁵⁷ Voir notamment, Tamang, *supra* note 5 au para. 51; Indian Law Resource Center, *supra* note 7 à la p. 1; Daes, *Explanatory Note*, *supra* note 38 aux para. 25-28; Motoc et Tebtebba Foundation, *supra* note 5 aux para. 33-36.

⁵⁸ Voir notamment, Anaya, *Indigenous Peoples*, *supra* note 13 à la p. 112; Henriksen, *supra* note 23 à la p. 21.

⁵⁹ *Convention n° 169*, *supra* note 44.

⁶⁰ Clavero, *supra* note 53 à la p. 45.

⁶¹ Tamang, *supra* note 5 au para. 51.

⁶² Clavero, *supra* note 53 à la p. 43.

⁶³ *Ibid.* à la p. 44.

vigueur⁶⁴.

Mise à part l'allégation de l'existence d'une norme coutumière d'exclusion, l'article de Clavero⁶⁵ entérine en partie notre conclusion selon laquelle les peuples autochtones ne jouissent pas du droit à l'autodétermination, ne serait-ce que parce qu'ils ne détiennent aucun droit de veto qui découle de sa dimension économique auquel réfère l'article 1(2) des deux *Pactes*⁶⁶; de surcroît, il ne saurait être question de leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles, car, tel qu'exposé antérieurement, ce principe trouve appui sur la base du droit à l'autodétermination. C'est la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles, couronnée par la *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*⁶⁷ et qualifiée de principe de droit international coutumier par la CIJ⁶⁸, qui règne encore et toujours en droit international.

Cette conclusion doit s'apprécier à la lumière du spectre de la dimension externe du droit à l'autodétermination dont les États redoutent tant. Cette appréhension, d'où la primauté de l'intégrité territoriale sur le droit à l'autodétermination puise ses origines, résulte d'une lecture erronée des États à l'égard des revendications autochtones. En invoquant ce droit, les peuples autochtones réfèrent, en règle générale, à sa dimension interne et non pas à sa dimension externe qu'est le droit de sécession, acte politique ultime que leur vulnérabilité, leur poids démographique et leur incapacité à s'auto-suffire frappent d'une inaccessibilité quasi-insurmontable⁶⁹. La majorité d'entre eux estiment qu'une

⁶⁴ Marie Léger, « La reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones : menace ou avantage? » dans *Séminaire Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement économique, 2002, 3 à la p. 7.

⁶⁵ Clavero, *supra* note 53.

⁶⁶ *Supra* note 30.

⁶⁷ *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés. AG 1803 (XVII), Doc. off. AG NU, 17^e sess., supp n° 17, Doc. NU A/5217 (1962) 15 [*Déclaration sur la souveraineté permanente*]. Ce principe était toutefois en émergence avant l'adoption de cette résolution. Voir, *Développement économique intégré et accords commerciaux*, Rés. AG 523 (VI), Doc. off. AG NU, 6^e sess., Doc. NU A/523 (1952) 22, préambule; *Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles*, Rés. AG 626 (VII), Doc. off. AG NU, 7^e sess., Doc. NU A/626 (1952) 18. Voir également les deux résolutions suivantes qui réitèrent le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles : *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés. AG 3201 (S-VI), Doc. off. AG NU, S-6^e sess., Doc. NU A/RES/3201 (S-VI) (1974) 3, art. 4(e); *Charte des droits et des devoirs économiques des États*, Rés. AG 3281 (XXIX), Doc. off. AG NU, 29^e sess., Doc. NU A/RES/3281 (XXIX) (1974) 53, art. 2(1).

⁶⁸ *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt, [2005], au para. 244, en ligne : Cour internationale de justice <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/ccco/ccoframe.htm>>.

⁶⁹ Au sujet des revendications autochtones qui ne sollicitent pas un droit à la sécession, voir notamment : Maivân Clech Lãm, « L'autodétermination des peuples autochtones : dettes du passé et promesses d'avenir » dans *Séminaire Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2002, 18 aux pp. 20-23; Daes, *Explanatory Note*, *supra* note 38 au para. 28; Huff, *supra* note 33 à la p. 318; Anaya, *Indigenous Peoples*, *supra* note 13 à la p. 60. À titre d'exemple, une déclaration de la Coalition nationale des organisations autochtones s'inscrit parfaitement dans cette veine : « [W]e define our rights in terms of self-determination. We are not looking to dismember your States and you know it. But we do insist on the right to control our territories, our resources, the organisation of our societies, our own decision-making institutions, and the maintenance of our own cultures and ways of life. ([N]ous définissons nos

participation effective dans l'ordre politique existant est une option beaucoup plus avantageuse pour eux que le recours à la sécession. Toutefois, il ne faut pas être dupe; par-delà cette appréhension étatique, il est fort probable, et c'est la thèse d'Andrew Huff⁷⁰, que l'exclusion des peuples autochtones du droit à l'autodétermination n'est que la conséquence directe de la détermination des États à sauvegarder leur contrôle sur les territoires autochtones qui regorgent de ressources naturelles et biologiques.

Quelles alternatives offre le droit international afin de pallier l'impossibilité d'avoir recours au droit à l'autodétermination et au principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles qui lui est sous-jacent pour garantir une protection effective des droits territoriaux et des ressources autochtones? C'est en se rabattant sur l'unicité de la relation que les sociétés autochtones entretiennent avec leurs territoires et leurs ressources que le droit international réussit à les protéger. C'est dans ce terrain fertile qu'émerge la prépondérance de la norme de l'intégrité culturelle.

C. La protection des droits territoriaux et des ressources des peuples autochtones : lieu d'émergence de la prépondérance de la norme de l'intégrité culturelle

L'unicité de la relation des peuples autochtones avec leurs territoires est telle que certains auteurs établissent une relation entre sa protection et leur survie, voire même leur droit à l'autodétermination⁷¹. Chose certaine, il est difficile de réfuter la véracité de l'observation du Comité sur l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁷² :

Pour ce qui est de l'exercice des droits culturels consacrés à l'article 27, le Comité fait observer que *la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones*. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans des

droits en termes d'autodétermination. Vous savez très bien que nous ne recherchons pas à démanteler vos États. Nous accordons toutefois une importance particulière à notre droit de contrôler nos territoires, nos ressources, l'organisation de nos sociétés, nos institutions de prise de décision et la préservation de notre culture et de notre mode de vie) » [Notre traduction]. Voir : « Statement by the National Coalition of Aboriginal Organizations », *Conférence de l'Organisation internationale du travail tenue lors de sa 75^e session*, 13 juin 1988 à la p. 2, reproduit dans Anaya, *Indigenous Peoples*, *supra* note 13 à la p. 81.

⁷⁰ Huff, *ibid.*

⁷¹ Voir notamment, James S. Anaya, « Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources » (2005) 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 7 aux pp. 8-9, où l'auteur met l'accent sur « [t]he importance of lands and resources to the survival of indigenous cultures and, by implication, to indigenous self-determination. (L'importance du territoire et des ressources pour la survie des cultures autochtones et, par voie de conséquence, pour le droit à l'autodétermination des peuples autochtones) » [Notre traduction]. [Anaya, « Indigenous Peoples' Participatory Rights »]; Huff, *ibid.* à la p. 330.

⁷² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 30.

réserves protégées par la loi. *L'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant.*⁷³ [Nos italiques]

Conformément au modèle de l'intégrité culturelle, deux éléments pertinents à notre propos s'y décèlent : la culture des peuples autochtones requiert une protection de leurs territoires et de leurs ressources et un droit de participation (se matérialisant souvent en un droit de consultation) doit s'y adjoindre. Ce droit de participation et/ou de consultation, norme coutumière selon Anaya⁷⁴, provient de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les peuples autochtones d'exercer un droit à l'autodétermination. La prépondérance de la norme de l'intégrité culturelle repose sur le fait que ce droit n'est pas une option disponible pour assurer la protection de leurs territoires et de leurs ressources. En ce sens, nous concevons cette norme comme étant une norme prophylactique dont l'objectif est d'éviter les pratiques étatiques et corporatives préjudiciables aux peuples autochtones qui, n'eût-été d'une reconnaissance de leur droit à l'autodétermination, ne se seraient jamais matérialisées, sous réserve toutefois de leur improbable consentement à celles-ci.

Pour illustrer cette prépondérance de la norme de l'intégrité culturelle, nous aurons recours à trois sous-sections. La première se concentre sur la *Convention n° 169*⁷⁵, la seconde sur la jurisprudence du Comité, la troisième sur la jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (Commission) et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour).

1. LA CONVENTION N° 169 A LA LUMIERE DU MODELE DE L'INTEGRITE CULTURELLE

L'OIT met l'accent sur le paradigme holistique qui caractérise la conception autochtone de la réalité où l'ensemble des éléments de la faune ne font qu'un avec la notion de territoire⁷⁶. C'est dans cette compréhension que s'ancre l'article 13 qui énonce :

En appliquant les dispositions de cette partie [Partie II : Terres] de la [C]convention, les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation.

⁷³ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 23 : Les droits des minorités (art. 27) : 08/04/94*, Doc. off. HRC NU, 50^e sess., Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994) au para. 7 [Observation générale 23].

⁷⁴ Anaya, « Indigenous Peoples' Participatory Rights », *supra* note 71 à la p. 7.

⁷⁵ *Convention n° 169*, *supra* note 44.

⁷⁶ Organisation internationale du travail, *supra* note 48 à la p. 29.

*L'utilisation du terme terres dans les articles 15 et 16 comprend le concept de territoires, qui recouvre la totalité de l'environnement des régions que les peuples intéressés occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière.*⁷⁷ [Nos italiques]

L'alinéa 1 incite ainsi les gouvernements à respecter le paradigme collectif de cette relation⁷⁸. L'article traduit la conception inhérente à la norme de l'intégrité culturelle, à savoir que le territoire est le garant ultime de la survie économique des peuples autochtones, de leur bien-être spirituel et de leur identité culturelle⁷⁹. C'est notamment pourquoi l'article 7(4) dispose que les gouvernements doivent, en concert avec les peuples autochtones, prendre les mesures nécessaires afin de protéger et de préserver l'environnement au sein duquel ils habitent; que l'article 14(1) exhorte les gouvernements à reconnaître leurs droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement⁸⁰; et que l'article 15 prévoit que leurs droits sur les ressources naturelles de leurs territoires doivent être sauvegardés au nom de la survie du fait autochtone⁸¹.

Nonobstant cette protection soutenue des droits territoriaux et des ressources naturelles s'y trouvant, la *Convention n° 169*⁸² corrobore les faiblesses de la norme de l'intégrité culturelle en regard des exigences du Principe. En effet, les diverses dispositions auxquelles nous avons fait référence démontrent l'inexistence du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. À défaut de pouvoir incorporer le Principe, les rédacteurs de la *Convention*⁸³ n'avaient guère d'autre choix que de se rabattre, *inter alia*, sur la norme de l'intégrité culturelle comme source de protection des territoires et des ressources autochtones. Qui plus est, le libellé de l'article 15(2)

⁷⁷ *Convention n° 169, supra* note 44, art. 13.

⁷⁸ Voir le commentaire de l'OIT sur l'article 13 : Organisation internationale du travail, *supra* note 44 à la p. 30.

⁷⁹ À ce sujet, l'OIT s'exprime ainsi : « *Land is central to many indigenous and tribal peoples' cultures and lives. It is the basis for their economic survival, their spiritual well-being and their cultural identity. Thus loss of ancestral lands threatens their very survival as a community and a people.* (Le territoire est au cœur de la culture et de l'existence de plusieurs populations autochtones et tribales. Il est à la base de leur survie économique, de leur bien-être spirituel et de leur identité culturelle. Par conséquent, la perte de territoires ancestraux menace leur survie en tant que communauté et en tant que peuple) » [Notre traduction]. *Ibid.* à la p. 29.

⁸⁰ Selon l'OIT, par « terres qu'ils occupent traditionnellement » il faut entendre les terres où des populations autochtones habitent depuis longtemps et qui furent utilisées conformément à leurs pratiques traditionnelles. Il s'agit des terres occupées par leurs ancêtres et qu'ils escomptent transmettre aux futures générations de leur communauté respective. Cette expression inclut également les terres qui furent, pour diverses raisons, récemment perdues par les communautés qui y habitaient. *Ibid.* à la p. 31.

⁸¹ À ce sujet, l'OIT s'exprime ainsi : « *In order to ensure the survival of indigenous and tribal peoples, it is therefore necessary to protect : 1) their natural resources, and 2) their traditional practices for using, managing and conserving these resources.* (Afin d'assurer la survie des populations autochtones et tribales, il est par conséquent nécessaire de protéger : 1) leurs ressources naturelles, et 2) leurs pratiques traditionnelles d'usage, de gestion et de conservation de ces ressources) » [Notre traduction]. *Ibid.* à la p. 36.

⁸² *Convention n° 169, supra* note 44.

⁸³ *Ibid.*

rappelle les anciennes doctrines de droit international ayant donné l'aval à la spoliation des ressources autochtones⁸⁴. En effet, cet article n'est-il pas une disposition du type « aide-mémoire » à l'effet que les États continuent d'être les propriétaires ultimes des ressources naturelles de leur territoire? C'est faire preuve d'un optimisme aveugle que de croire, comme David C. Baluarte, que la *Convention n° 169*⁸⁵ puisse, en attente de l'émergence effective du Principe, s'y substituer lorsque les États contreviendraient à ses postulats fondamentaux⁸⁶.

2. LA JURISPRUDENCE DU COMITE DES DROITS DE L'HOMME : LE JEU DE L'ARTICLE 1 ET DE L'ARTICLE 27 DU *PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES*

Il faut d'entrée de jeu citer le libellé de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* qui est la disposition autour de laquelle gravite la jurisprudence du Comité qui fait l'objet de notre analyse :

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.⁸⁷

Conformément à son *Observation générale 23*⁸⁸, le Comité emploie l'article 27 afin de déterminer si, en affectant d'une manière ou d'une autre le territoire et/ou

⁸⁴ Huff, *supra* note 33 à la p. 305. L'article 15(2) se lit comme suit : « Dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités ».

⁸⁵ *Convention n° 169, supra* note 44.

⁸⁶ David C. Baluarte, « Balancing Indigenous Rights and a State's Right to Develop in Latin America : The Inter-American Rights Regime and ILO Convention 169 » (2004) 4 *Sustainable Development Law & Policy* 9 à la p. 9. Dans cet article, Baluarte préconise l'utilisation de la *Convention n° 169* au sein du système interaméricain des droits de l'homme afin de répondre à l'urgence que représente la situation autochtone en Amérique latine. Ce faisant, il compte pallier à l'attente de l'aboutissement, toujours incertain d'ailleurs, du processus d'adoption du *Projet de Déclaration des Nations Unies* et du *Projet de Déclaration interaméricaine*.

⁸⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, supra* note 30, art. 27. Une protection similaire est offerte aux enfants autochtones en vertu de l'article 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, R.T. Can 1992 n° 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990). Cet article dispose : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ».

⁸⁸ *Observation générale 23, supra* note 73.

les ressources d'une communauté autochtone, une partie au *Pacte*⁸⁹ se rend coupable d'une violation de cette disposition. Dans l'affaire *Ominayak*⁹⁰, la communauté autochtone du lac Lubicon reprochait au gouvernement albertain d'avoir exproprié une partie de son territoire au profit des intérêts d'entreprises privées à qui ont été octroyées des concessions pour la prospection de pétrole et de gaz. Réitérant que l'article 2 du *Protocole facultatif*⁹¹ ne lui confère aucune compétence en regard d'une présumée violation de l'article 1 du *Pacte*⁹², le Comité tranche en faveur de la communauté en statuant que

[b]ien qu'ils aient été initialement présentés comme relevant de l'article premier du *Pacte*, il ne fait pas de doute que bon nombre des griefs formulés soulèvent des questions qui relèvent de l'article 27. Le Comité constate qu'au nombre des droits protégés par l'article 27 figure le droit pour des personnes d'avoir, en commun avec d'autres, des activités économiques et sociales qui s'inscrivent dans la culture de leur communauté. [...] Les inégalités historiques mentionnées par l'Etat partie et certains faits plus récents menacent le mode de vie et la culture de la bande du lac Lubicon et constituent une violation de l'article 27 tant qu'ils n'auront pas été éliminés.⁹³

Le Comité reconnaît donc que la protection des territoires autochtones s'avère essentielle à la préservation de leur intégrité culturelle. Il est intéressant de noter qu'il met l'accent sur le fait que c'est la culture de la communauté entière qui est menacée, collectivisant ainsi en partie la protection individuelle mise à la disposition des membres d'une minorité par l'article 27. Cette « collectivisation » n'est pas un cas d'espèce⁹⁴. Elle est d'ailleurs explicitement évoquée dans l'*Observation générale 23*⁹⁵.

Le Comité innove en conférant une fonction interprétative à l'article 1, lorsqu'il se penche sur des litiges interpellant les dispositions du *Pacte*⁹⁶ protégeant des droits individuels (articles 6 à 27). C'est dans l'affaire *Apirana Mahuika c.*

⁸⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 30.

⁹⁰ *Ominayak*, *supra* note 35.

⁹¹ *Protocole facultatif*, *supra* note 35.

⁹² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 30.

⁹³ *Ominayak*, *supra* note 35 aux para. 32.2-33. À ce sujet, voir également : *J.G.A. Diergaardt et al. c. Namibie*, Communication n° 760/1997, Doc. off. HRC NU, 69^e sess., Doc. NU CCPR/C/69/D/760/1997 (2000) au para. 10.6 [Diergaardt]; *Ilmari Länsman c. Finlande*, Communication n° 511/1992, Doc. off. HRC NU, 52^e sess., Doc. NU CCPR/C/52/D/511/1992 (1994) aux para. 9.2-9.3 [Länsman I]; *Jouni E. Länsman c. Finlande*, Communication No. 671/1995, Doc. off. HRC NU, 58^e sess., Doc. NU CCPR/C/58/D/671/1995 (1996) au para. 10.2 [Länsman II].

⁹⁴ Voir notamment : *Sandra Lovelace c. Canada*, Communication n° R.6/24, Doc. off. HRC NU, supp. n° 40, Doc. NU A/36/40 (1981) 166 au para. 7.2; *Länsman II*, *ibid.* au para. 10.7 où le Comité « conclu[t] que [si] les faits ne faisaient pas apparaître la violation des droits des auteurs, il estime en revanche important de faire observer que l'État partie doit être conscient, lorsqu'il prend des mesures susceptibles de toucher aux droits consacrés à l'article 27 que, bien que certaines activités puissent ne pas constituer en soi une violation de cet article, prises ensemble, ces activités peuvent porter atteinte aux droits des Samis de jouir de sa propre culture ».

⁹⁵ *Observation générale 23*, *supra* note 73 au para. 6.2.

⁹⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 30.

*Nouvelle-Zélande*⁹⁷ qu'il offre l'expression la plus patente de l'assignation d'une telle fonction à l'article premier en statuant que

[]le Comité note que le *Protocole facultatif* établit une procédure permettant à des particuliers de présenter des allégations de violation de leurs droits individuels. Ces droits sont consacrés dans la troisième partie du *Pacte*, aux articles 6 à 27 inclus. Comme il ressort de la jurisprudence du Comité, le Comité n'a pas d'objection à ce qu'un groupe d'individus, prétendant être collectivement victime de la violation d'un droit, présente une communication au sujet de ces prétendues violations. En outre, les dispositions de l'article premier peuvent être pertinentes pour interpréter d'autres droits protégés par le *Pacte*, en particulier ceux énoncés à l'article 27.⁹⁸

Nous acquiesçons cependant à l'observation selon laquelle il est trop tôt pour déterminer si ce développement jurisprudentiel entraînera un changement significatif dans l'approche avec laquelle le Comité aborde la question des droits collectifs des communautés autochtones⁹⁹.

Il est évident que la jurisprudence du Comité témoigne de la norme de l'intégrité culturelle. Elle est omniprésente dans les litiges où l'article 27 reçoit application. Il ne pourrait en être autrement, l'article 1 n'étant pas en mesure, sous réserve de sa fonction interprétative, de participer aux évaluations des plaintes qui sont soumises au Comité. Le Comité se trouve ainsi dans une situation irritante : celle d'être un organe onusien reconnaissant le droit à l'autodétermination des peuples autochtones¹⁰⁰, mais contraint, de par le jeu de l'article 2 du *Protocole facultatif*¹⁰¹, de ne pas appliquer l'article 1 dans ses activités de résolution des différends. Sans surprise, aucune référence au Principe ou à la simple notion de consentement n'est décelable dans sa jurisprudence. Conformément au modèle de l'intégrité culturelle et au paragraphe 7 de l'*Observation générale 23*¹⁰², ce dernier ne réfère qu'au droit de participation¹⁰³.

⁹⁷ *Apirana Mahuika c. Nouvelle-Zélande*, Communication n° 547/1993, Doc. off. CHR NU, 70^e sess., Doc. NU CCPR/C/70/D/547/1993 (2000) [*Mahuika*].

⁹⁸ *Ibid.* au para. 9.2. Le Comité fait aussi référence à cette fonction interprétative dans les cas suivants : *Gilot c. France*, Communication No. 932/2000, Doc. off. CHR NU, 75^e sess., Doc. NU CCPR/C/75/D/932/2000 (2002) au para. 13.4; *Diergaardt, supra* note 93 au para. 10.3. Il faut souligner que l'affaire *Gilot c. France* n'implique pas une communauté autochtone, mais plutôt des citoyens de la Nouvelle-Calédonie.

⁹⁹ Alexis P. Kontos, « Aboriginal Self-Government in Canada: Reconciling Rights to Political Participation and Indigenous Cultural Integrity » dans Joshua Castellino et Niamh Walsh, dir., *International Law and Indigenous Peoples*, Boston, Martinus Nijhoff, 2005, 195 à la p. 217.

¹⁰⁰ Voir notamment, *Observations : Mexico, supra* note 56 au para. 19; *Observations : Norway, supra* note 43 au para. 17; *Observations : Australia, supra* note 43 aux para. 506-08; *Observations : Canada, supra* note 43 au para. 7-8.

¹⁰¹ *Protocole facultatif, supra* note 35.

¹⁰² *Observation générale 23, supra* note 73.

¹⁰³ Voir notamment ces deux affaires où le Comité fait allusion au paragraphe 7 de l'*Observation générale 23* et à sa notion de « participation effective » : *Länsman II, supra* note 93 au para. 10.4; *Mahuika, supra* note 97 au para. 9.5.

Nous acquiesçons également à l'observation selon laquelle les décisions du Comité favorisent les intérêts des États dans les projets d'exploitation de ressources naturelles¹⁰⁴. En ce sens, il n'est guère surprenant que l'*Observation générale 23* articule l'idée que « [l]a jouissance des droits énoncés à l'article 27 ne porte pas atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale d'un Etat partie »¹⁰⁵; que le Comité signale que « [l]a réglementation d'une activité économique est normalement du ressort de l'Etat et de lui seul »¹⁰⁶; et que, dans la majorité des cas qui lui sont soumis alléguant une violation de l'article 27, le Comité reboute l'action des communautés autochtones¹⁰⁷.

L'article 27 échoue à protéger adéquatement les minorités vulnérables des États, y compris les peuples autochtones¹⁰⁸. La jurisprudence du Comité, d'ailleurs non contraignante pour les États, en témoigne. C'est pourquoi Will Kymlicka juge que

we need a new conception of the rights of national minorities which accords internal minorities substantive rights of autonomy and self-determination (unlike article 27), but which works within the framework of larger states (unlike article 1). ([N]ous avons besoin d'une conception des droits des minorités nationales qui leur confère des droits substantifs tels que le droit à l'autonomie et le droit à l'autodétermination (contrairement à l'article 27), mais qui pourront s'harmoniser avec l'existence même des États (contrairement à l'article 1)).¹⁰⁹ [Notre traduction]

Son observation nous apparaît difficilement réfutable.

3. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

La protection des droits des communautés autochtones dans le système interaméricain des droits de l'homme est florissante¹¹⁰. Toutefois, le Principe ne fait pas encore l'objet d'une intégration complète et cohérente dans la jurisprudence de la

¹⁰⁴ Kontos, *supra* note 99 à la p. 216.

¹⁰⁵ *Observation générale 23*, *supra* note 73 au para. 3.2.

¹⁰⁶ *Ivan Kitok c. Suède*, Communication 197/1985, Doc. off. CHR NU, 33^e sess., Doc. NU CCPR/C/33/D/197/1985 (1988) au para. 9.2 [*Kitok*].

¹⁰⁷ C'est le cas notamment des plaintes suivantes : *George Howard c. Canada*, Communication n^o 879/1999, Doc. off. CHR NU, 84^e sess., Doc. NU CCPR/C/84/D/879/1999 (2005); *Diergaardt*, *supra* note 93; *Kitok*, *ibid.*; *Länsmän II*, *supra* note 93; *Länsmän I*, *supra* note 93; *Mahuika*, *supra* note 97.

¹⁰⁸ C'est la conclusion à laquelle arrive Will Kymlicka. Voir, Will Kymlicka, « Theorizing Indigenous Rights » (1999) 49 U.T.L.J. 281.

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 285.

¹¹⁰ À ce sujet, voir notamment : Isabel Madariaga Cueno, « The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System » (2005) 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 53; James S. Anaya et Robert A. Williams Jr., « The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System » (2001) 14 *Harv. Hum. Rts. J.* 33.

Commission et de la Cour¹¹¹. À la différence de la *Convention n° 169*¹¹² et de la jurisprudence du Comité, la norme de l'intégrité culturelle demeure perceptible dans la jurisprudence de ces deux organes judiciaires sans toutefois être aussi prépondérante. Leur jurisprudence constitue donc l'élément « atypique » des trois sous-sections.

a) *La protection des territoires et des ressources autochtones : la mise de côté partielle de la norme de l'intégrité culturelle*

La Commission attache une importance toute particulière à la protection des peuples autochtones. À cet égard, elle déclare que

for historical reasons and because of moral and humanitarian principles, special protection for indigenous populations constitutes a sacred commitment of the states. (Pour des raisons historiques et en vertu de principes moraux et humanitaires, une protection spéciale des peuples autochtones constitue un engagement sacré pour les États).¹¹³ [Notre traduction]

Elle estime également que la protection des droits territoriaux autochtones s'avère tout aussi importante, particulièrement parce que le contrôle d'une communauté autochtone sur son territoire est le gage d'un développement durable des ressources nécessaires à sa survie et de la conservation d'un espace géographique suffisant pour qu'elle puisse pourvoir à sa reproduction culturelle et sociale¹¹⁴. Il s'agit là d'une manifestation de la norme de l'intégrité culturelle. C'est pourquoi la Commission incorpore l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹¹⁵ dans sa *Résolution n° 12/85*¹¹⁶. C'est également pourquoi la Cour signale que,

[in] order for the culture to maintain its integrity and identity, its members must have access to their homeland. ([A]fin qu'une culture [autochtone] puisse préserver son intégrité et son identité, ses membres doivent avoir accès à leurs territoires traditionnels).¹¹⁷ [Notre traduction]

¹¹¹ Baluarte, *supra* note 86 à la p. 9.

¹¹² *Convention n° 169*, *supra* note 44.

¹¹³ *Resolution n° 12/85* (1985), Inter-Am. Comm. H.R. No. 7615, au para. 8, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 1984-85*, OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10 rev.1 [*Résolution n° 12/85*].

¹¹⁴ *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador* (1997), Inter-Am. Comm. H.R., OEA/Ser.L/V/II.96/doc.10 rev.1 à la p. 115.

¹¹⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 30.

¹¹⁶ *Resolution n° 12/85*, *supra* note 113 au para. 7.

¹¹⁷ *Case of Moiwana Village v. Suriname* (2005), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 124, au para. 86 (6) [*Moiwana Village*].

Cependant, la justification juridique de la protection des droits territoriaux autochtones dans le système interaméricain excède la simple norme de l'intégrité culturelle.

Cette justification s'inscrit dans l'approche évolutive et progressiste dont font preuve la jurisprudence de la Commission et celle de la Cour. Dans l'un de ses avis consultatifs, la Cour prend position à l'effet que, dans l'accomplissement de leurs fonctions judiciaires, la Commission et la Cour peuvent invoquer des traités internationaux multilatéraux et bilatéraux indépendamment du fait qu'ils aient été adoptés ou non en-dehors du système juridique interaméricain¹¹⁸. Dans un autre avis consultatif, la Cour considère que la signification légale des dispositions de la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*¹¹⁹ doit s'apprécier à la lumière de l'évolution de ce système¹²⁰. Conformément à ces deux avis consultatifs, la Commission précise que,

*in addressing complaints of violations of the American Declaration it is necessary for the Commission to consider those complaints in the context of the evolving rules and principles of human rights law in the Americas and in the international community more broadly, as reflected in treaties, custom and other sources of international law.*¹²¹

C'est cette philosophie judiciaire qui constitue la structure sur laquelle repose la justification juridique de la protection des territoires et des ressources autochtones.

C'est l'arrêt *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*¹²² qui traduit le mieux la mécanique de la protection de ces droits dans le système interaméricain. Ce litige est né à la suite de la concession, autorisée par le gouvernement nicaraguayen, d'une licence d'exploitation forestière sur les terres traditionnelles de la communauté Awas Tingni au profit d'une entreprise sud-coréenne. Quatre constatations revêtent un intérêt pour notre analyse.

¹¹⁸ "Other Treaties" Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (art. 64 American Convention on Human Rights) (1982), Avis consultatif OC-1/82, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 1, au para. 43 [Avis consultatif OC-1/82].

¹¹⁹ OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, Doc. off. OEA/Ser.L/V/II.23/doc.21 rev. 6 (1949) [Déclaration américaine].

¹²⁰ *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* (1989), Avis consultatif OC-10/89, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 10, au para. 37 [Avis consultatif OC-10/89].

¹²¹ [E]n analysant des plaintes alléguant violation de la Déclaration américaine, il s'avère nécessaire pour la Commission de les considérer dans le contexte évolutif des règles et des principes des droits de l'homme dans les Amériques et dans le contexte plus large de la communauté internationale et ce, tel que reflété par les traités, les coutumes et les autres sources du droit international. [Notre traduction] *Mary and Carrie Dann c. United States* (2002), Inter-Am. Comm. H.R. No. 75/02, au para. 124, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117/doc. 1 rev. 1 [Mary].

¹²² *The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 79, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights: 2001*, OEA/Ser.L/V/III.54/doc.4/ (2002) 15 [Awas Tingni].

Conformément à l'*Avis consultatif OC-1/82*¹²³ et à l'*Avis consultatif OC-10/89*¹²⁴, la Cour adopte une interprétation évolutive en déclarant que l'interprétation des conventions portant sur le droit international humanitaire doit s'adapter au contexte social et aux conditions de vie dans lesquels elle prend lieu¹²⁵. Elle signale aussi que les termes employés dans ces conventions détiennent une signification indépendante de celle que voudrait bien leur octroyer le droit domestique des États¹²⁶.

Deuxièmement, la Cour fait allusion à la norme de l'intégrité culturelle. Elle précise, en effet, que

*the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.*¹²⁷

Troisièmement, la Cour infère de l'article 21 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹²⁸, lequel protège le droit à la propriété privée tel que conçu dans le régime de la propriété foncière occidentale, une protection du régime collectif de propriété autochtone¹²⁹. Elle parvient à cette inférence par le jeu d'une combinaison du droit international et du droit interne nicaraguayen. En intégrant la définition du régime collectif de propriété de la *Loi nicaraguayenne n° 28*¹³⁰ et de l'article 5 de la *Constitution du Nicaragua*¹³¹ en fonction de l'article 29(b) de la *Convention américaine*¹³², la Cour reconnaît que l'article 21 protège le droit de propriété dans une dimension qui inclut, *inter alia*, le régime collectif de propriété autochtone¹³³. La Cour corrobore cette approche dans l'arrêt *Moiwana Village*¹³⁴. La

¹²³ *Avis consultatif OC-1/82, supra* note 118.

¹²⁴ *Avis consultatif OC-10/89, supra* note 120.

¹²⁵ *Awas Tingni, supra* note 122 au para. 146.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ [L]es liens étroits que les peuples autochtones entretiennent avec leurs territoires doivent être reconnus et compris comme étant la base fondamentale de leurs cultures, leurs vies spirituelles, leur intégrité et leur survie économique. Pour les peuples autochtones, les relations avec le territoire ne sont pas simplement une question de possession et de production. Il s'agit surtout d'une question de relation spirituelle et matérielle à laquelle ils doivent être en mesure de pourvoir. [Notre traduction] *Ibid.* au para. 149.

¹²⁸ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978) [*Convention américaine*].

¹²⁹ *Awas Tingni, supra* note 122 au para. 148.

¹³⁰ *Loi n° 28 du Statut d'autonomie des régions de la côte atlantique du Nicaragua* (1987), publiée dans *La Gaceta*, Journal Officiel n° 238. Traduction française disponible en ligne : ALM – Nicaragua <<http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/amsudant/nicaragua-statut-1987.htm>>.

¹³¹ *Constitution Politique de la République du Nicaragua* (1987).

¹³² *Convention américaine, supra* note 128.

¹³³ *Ibid.* aux para. 148-54. Le libellé de l'article 29(b) de la *Convention américaine* édicte qu'aucune disposition de la *Convention* ne doit s'interpréter comme « restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou dans une convention à laquelle cet État est partie ».

¹³⁴ *Moiwana Village, supra* note 117 au para. 209.

Commission a d'ailleurs maintes fois reconnu la nécessité de pourvoir à la protection de ce régime en invoquant, notamment, l'article 23 de la *Déclaration américaine*¹³⁵ qui, à l'instar de l'article 21, dispose que toute personne a droit à la propriété privée¹³⁶.

Finalement, la Cour désavoue implicitement l'argument de la Commission à l'effet qu'il existe une norme coutumière de protection du régime collectif de propriété des peuples autochtones en ne se prononçant tout simplement pas à son sujet¹³⁷. C'est pourquoi il est juste, en droit, de voir en cette affaire¹³⁸ une étape menant vers le processus de reconnaissance du régime collectif de propriété des peuples autochtones¹³⁹. Il serait toutefois prématuré d'y entrevoir la formation d'une norme coutumière en la matière¹⁴⁰, comme certains l'avancent¹⁴¹.

b) *L'intégration vacillante du Principe dans la jurisprudence de la Commission*

Seule la Commission réfère au Principe tel qu'entendu dans cette analyse. En effet, la Cour ne fait allusion à la notion de consentement que dans le contexte où elle contraint un État de prendre des mesures afin de garantir la protection des droits territoriaux autochtones¹⁴². Selon la Cour, ces mesures sont subordonnées au consentement des peuples autochtones autant au niveau de leur adoption qu'à celui de leur mise en œuvre¹⁴³.

Dans l'arrêt *Mary*, la Commission a statué que les peuples autochtones ne peuvent être dépossédés de leurs intérêts collectifs qu'ils détiennent dans leurs territoires et leurs ressources, hormis dans l'éventualité de l'obtention de leur consentement éclairé¹⁴⁴. Par ailleurs, elle se méprend lorsque qu'elle rédige plus loin, en traitant du processus auquel est soumis un État procédant à une évaluation des titres de propriété autochtone, que

[t]his requires at a minimum that all of the members of the community are fully and accurately informed of the nature and consequences of the process and provided with an effective opportunity to participate

¹³⁵ *Déclaration américaine*, *supra* note 119.

¹³⁶ C'est le cas des affaires suivantes : *Maya Indigenous Communities of the Toledo District c. Belize* (2004), Inter-Am. Comm. H.R. No. 40/04, au para. 153, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 2004*, OEA/Ser.L/V/II.122/doc.5 rev.1 [Maya]; *Mary*, *supra* note 121 au para. 131. Voir également l'analyse générale de la Commission à ce sujet au chapitre III du rapport suivant : *The Human Rights Situation of Indigenous Peoples in the Americas* (2000), Inter-Am. Comm. H.R., OEA/Ser.L/V/II.108/doc.62.

¹³⁷ *Awas Tingni*, *supra* note 122 au para. 140 (d).

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Jonathan P. Vuotto, « *Awas Tingni v. Nicaragua*: International Precedent for Indigenous Land Rights » (2004) 22 B.U. Int'l L.J. 219 à la p. 231.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ James S. Anaya et Claudio Grossmann, « The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua* : A New Step in the International Law of Indigenous Peoples » (2002) 19 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 1. à la p. 15.

¹⁴² Voir, *Moiwana Village*, *supra* note 117 aux para. 209-210. En l'espèce, ces mesures concernaient la délimitation, la démarcation et l'octroi de titres de propriété.

¹⁴³ *Ibid.* au para. 210.

¹⁴⁴ *Mary*, *supra* note 121 au para. 131.

individually or as collectives. (Cela [processus de consentement éclairé] requiert au minimum que tous les membres de la communauté soient complètement et correctement informés de la nature et des conséquences du processus et se voient offrir une opportunité effective d'y participer individuellement ou collectivement).¹⁴⁵ [Notre traduction]

Si le droit au consentement s'entend comme s'accompagnant d'un droit de veto et non pas simplement d'un droit d'être informé et d'un droit de participation, il serait dès lors déraisonnable de qualifier cette déclaration de la Commission comme étant cohérente.

Ce n'est que dans l'affaire *Maya*¹⁴⁶ que la Commission incorpore le processus de consentement éclairé aux décisions étatiques qui ont des incidences sur les territoires et les ressources autochtones. Alors que dans l'affaire *Mary*¹⁴⁷, ce processus se circonscrivait aux cas de dépossession des intérêts collectifs que les peuples autochtones possèdent dans leurs territoires et leurs ressources et aux procédures d'évaluation de leurs titres de propriété, la Commission en élargit la portée dans l'affaire *Maya* en jugeant que

these requirements are equally applicable to decisions by the State that will have an impact upon indigenous lands and their communities, such as the granting of concessions to exploit the natural resources of indigenous territories. ([C]es exigences [du processus de consentement éclairé] sont également applicables aux décisions d'un État qui auraient des impacts sur les communautés autochtones et leurs territoires, comme celles d'octroyer une licence d'exploitation de ressources naturelles se trouvant sur ces territoires).¹⁴⁸ [Notre traduction]

De surcroît, la Commission perpétue son traitement antinomique du droit au consentement en matière d'évaluation des titres de propriété autochtone¹⁴⁹.

Cette extension est d'autant plus intéressante qu'elle ne repose pas sur le droit à l'autodétermination, s'éloignant ainsi de la littérature majoritaire. Cependant, une simple déclaration d'un tel tribunal ne peut se substituer à une disposition constitutionnelle ou à une législation domestique afin d'assurer une mise en œuvre effective du Principe. Il s'agit donc d'un développement jurisprudentiel non négligeable qui requiert néanmoins une intervention législative nationale afin de lui conférer une véritable force obligatoire.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 140.

¹⁴⁶ *Maya*, *supra* note 136.

¹⁴⁷ *Mary*, *supra* note 121.

¹⁴⁸ *Maya*, *supra* note 136 au para. 142.

¹⁴⁹ *Ibid.* au para. 153.

II. Le Principe en droit international

A. Le *Projet de Déclaration des Nations unies* et le *Projet de Déclaration interaméricaine*

Ces deux instruments juridiques¹⁵⁰ pourraient consolider le Principe en y reconnaissant le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Cependant, alors que le *Projet de Déclaration interaméricaine* ne s'y hasarde pas, le projet onusien inclut certes une telle reconnaissance, mais celle-ci a peu de chance d'être ratifiée dans son libellé actuel. Puisque le projet onusien s'inscrit dans un paradigme focalisant sur le droit à l'autodétermination, la norme prophylactique de l'intégrité culturelle n'est que peu discernable dans son texte, du moins en comparaison avec sa forte présence dans le projet interaméricain.

1. LE PROJET DE DÉCLARATION DES NATIONS UNIES

L'article 3 constitue la pierre angulaire de la *Déclaration*¹⁵¹, mais est également l'article qui génère la discorde étatique et qui risque de la faire échouer. Calque parfait des articles premiers des deux *Pactes*¹⁵², outre pour le premier mot « Tous » qui est supprimé, cet article édicte : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement économique, social et culturel »¹⁵³.

De l'aveu même d'une haute responsable onusienne impliquée dans ce *Projet*, cette disposition n'a pas pour objet ni pour effet de promouvoir la dimension externe de ce droit¹⁵⁴. Les États l'appréhendent néanmoins¹⁵⁵, entérinant de ce fait

¹⁵⁰ *Projet de Déclaration des Nations unies*, supra note 10; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*, supra note 11.

¹⁵¹ C'est du moins ce que croit Luis Enrique Chavez, président du Groupe de travail chargé par la CDH d'élaborer cette déclaration. Voir, Léger, supra note 64 à la p. 3.

¹⁵² Supra note 30.

¹⁵³ *Projet de Déclaration des Nations unies*, supra note 10, art. 3. La *Déclaration* affiche sa position dès le préambule en mentionnant à deux reprises l'importance capitale que revêt le droit à l'autodétermination : « Reconnaissant que la Charte des Nations unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel, Considérant qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international.

¹⁵⁴ Erica-Irène A. Daes, « L'article 3 du *Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* : obstacles et consensus » dans *Séminaire Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2002, 8 à la p. 11.

¹⁵⁵ Julian Burger, « The United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (1996) 9 *St. Thomas L. Rev.* 209 à la p. 210. À titre d'exemple, le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, la Suède et la Suisse émettent les commentaires suivants sur le libellé de l'article 3 : « En application de la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, ce qui précède ne

notre discussion sur la mauvaise lecture que les États font des revendications autochtones au chapitre du droit à l'autodétermination. À l'instar d'une majorité d'États du continent africain, les États asiatiques, dont certains refusent même de reconnaître les peuples autochtones habitant sur leur territoire, redoutent cette disposition et n'y consentiront que sous réserve de sérieuses modifications à son libellé actuel¹⁵⁶. L'Australie, le Canada, les pays scandinaves et certains pays de l'Amérique latine campent eux aussi dans cette position¹⁵⁷. Comme le gouvernement canadien¹⁵⁸, ces États préconisent l'incorporation de balises limitatives dans cet article par l'insertion d'expressions telles que « libre détermination interne », « autonomie gouvernementale », etc¹⁵⁹. L'avenir de la *Déclaration*¹⁶⁰ demeure donc incertain.

Le Principe est expressément mentionné aux articles 10, 11, 19, 28, 29 et 32. Les articles 19 et 32 édictent respectivement :

19. Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones, par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives susceptibles de les concerner.¹⁶¹

32. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'élaborer des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.

Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement libre et éclairé, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation de leurs ressources minérales, hydriques ou autres.

Les États mettent en place des mécanismes de réparation justes et équitables pour toute activité de cette nature, et des mesures sont prises

devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune ». Voir, *Information fournie par les États*, Doc. off. CES NU, 61^e sess., Doc. NU E/CN.4/2004/WG.15/CRP.1 à la p. 6.

¹⁵⁶ Otis et Melkevik, *supra* note 46 à la p. 12.

¹⁵⁷ Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps et Jacques Pouramède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p. 414.

¹⁵⁸ Au sujet de la position canadienne, voir notamment, Dalee Sambo Dorough, « Les peuples autochtones et le droit à l'autodétermination : un nécessaire rapport d'égalité : une perspective autochtone » dans *Séminaire Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2002, 49 aux pp. 51-55.

¹⁵⁹ Léger, *supra* note 64 à la p. 6.

¹⁶⁰ *Projet de Déclaration des Nations unies*, *supra* note 10.

¹⁶¹ *Ibid.*, art. 19.

pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel.¹⁶²

À travers ces deux articles se dégage une solide protection des territoires et des ressources naturelles autochtones. Toutefois, tout comme c'est le cas pour l'article 3, il est peu probable que ces articles soient adoptés sans amendement lorsque la *Déclaration*¹⁶³ sera soumise pour adoption à l'Assemblée générale de l'ONU, puisque ceux qui ont été proposés dans le cadre du processus de rédaction tenu au sein du Comité des droits de l'homme ont gravité autour de la préservation de la souveraineté des États sur les territoires et les ressources des peuples autochtones¹⁶⁴.

Tout compte fait, il est fort probable qu'une majorité d'États se rallieront à l'approche américaine selon laquelle

*[t]he notion of "internal self-determination" recognizes that local authorities will and should make their own decisions and a range of issues from taxation to education to land resources management to membership. [...] This is the essence of a federal system with which we are quite comfortable. In this sense, the Draft Declaration is not a human rights instrument. Instead, it is a blueprint for how States ought to conduct relations with indigenous peoples. The United States stands ready to negotiate that kind of aspirational document. But we will not support continued negotiations on a Draft Declaration that pretended to re-order internal relationships within a sovereign democratic state.*¹⁶⁵

Il ne reste qu'à espérer que les États les plus conciliants puissent être en mesure de renverser la vapeur en faveur d'une déclaration qui, si adoptée dans sa forme actuelle par l'Assemblée générale, consoliderait fortement le Principe dans l'ordre juridique international.

¹⁶² *Ibid.*, art. 32.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Huff, *supra* note 33 à la p. 321.

¹⁶⁵ La notion d'autodétermination interne reconnaît que les autorités locales vont et devront être en mesure de prendre leurs propres décisions dans des domaines tels que la taxation, l'éducation, la gestion des ressources et de l'admission des non-membres. [...] Il s'agit là de l'essence même d'un système fédéral avec lequel nous sommes en accord. En ce sens, le *Projet de Déclaration des Nations Unies* n'est pas un instrument participant des droits de l'homme Il s'agit plutôt d'un plan sur lequel les États doivent aligner leurs relations avec leurs populations autochtones. Les États-Unis d'Amérique sont favorables à la négociation d'un document qui aspire à cela. Cependant, nous ne poursuivrons pas des négociations sur un projet de déclaration dont l'objet serait de réaménager les relations internes au sein d'un État souverain et démocratique. [Notre traduction] Remarques du délégué des États-Unis Luis Zuniga devant la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies portant sur l'item 15 : questions autochtones, 8 avril 2004, en ligne : International Indian Treaty Council <http://www.treatycouncil.org/section_2114171121611.htm>.

2. LE PROJET DE DÉCLARATION INTERAMÉRICAINE

Il est manifeste que les États des Amériques ne souhaitent pas concéder à leurs peuples autochtones un droit à l'autodétermination¹⁶⁶. À l'instar de l'article 1(3) de la *Convention n° 169*¹⁶⁷, l'article 1(3) du *Projet de Déclaration interaméricaine* édicte : « L'emploi du vocable "populations" dans la présente *Déclaration* ne devra pas être interprété comme ayant une implication quelconque en ce qui concerne les autres droits susceptibles d'être attachés à ce terme en droit international »¹⁶⁸.

La version française est d'autant plus restrictive qu'elle emploie le terme population au lieu de peuple comme le font la version anglaise et la version espagnole. À l'opposé du *Projet onusien*¹⁶⁹ qui focalise sur un paradigme d'autodétermination, la *Déclaration interaméricaine*¹⁷⁰ adopte un paradigme d'autonomie gouvernementale. L'article 15 en est le reflet le plus patent¹⁷¹. Son alinéa premier reconnaît aux populations autochtones le droit de déterminer librement leur situation politique et de promouvoir leur développement économique, social et culturel dans leurs affaires locales. Son second alinéa leur confère un droit de participation dans tout processus de prise de décision susceptible d'affecter leurs droits, leur existence ou leur destin.

Faute d'une reconnaissance du droit à l'autodétermination, l'autonomie en matière de gestion des ressources naturelles est limitée¹⁷². L'article 18 participe de cette gestion limitée en attribuant aux collectivités autochtones que des droits sur leurs ressources existantes et uniquement dans la mesure où l'État n'en conserve pas l'exclusivité¹⁷³. Cette potentielle exclusivité s'applique autant au niveau des ressources du sol que celles du sous-sol. Si l'État se réserve la propriété de ces

¹⁶⁶ Divers groupes autochtones ont élaboré une version parallèle à la *Déclaration* en la modifiant conformément à leurs revendications. Adoptée à Denver (Colorado), cette version amendée porte le nom du « *Denver Text* » auquel l'article suivant s'intéresse brièvement en plus de fournir l'intégralité de ses dispositions : Osvaldo Kreimer, « The Beginnings of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (1996) 9 St. Thomas L. Rev. 271.

¹⁶⁷ *Convention n° 169*, *supra* note 44.

¹⁶⁸ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 11, art. 1(3). L'article 3 de la version du Président du Groupe de travail, *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 11, prévoit : « À l'intérieur des États est reconnu le droit à l'autodétermination des peuples autochtones en vertu duquel ceux-ci peuvent définir leurs formes d'organisation, et promouvoir leur développement social et culturel ». L'article 3 de la version de la Réunion pour la quête d'un consensus, *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 11, est entre crochets, ce qui signifie qu'aucun consensus n'a été atteint quant à son libellé. Il prévoit dans un libellé similaire : « À l'intérieur des États est reconnu le droit à l'autodétermination des peuples autochtones en vertu duquel ceux-ci peuvent définir leurs formes d'organisation, et promouvoir leur développement économique, social et culturel ».

¹⁶⁹ *Projet de Déclaration des Nations unies*, *supra* note 10.

¹⁷⁰ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 11.

¹⁷¹ Cette disposition correspond à l'article 20 des versions du Président du Groupe de travail et de la Réunion pour la quête d'un consensus.

¹⁷² Carol Hilling, « La protection des droits des peuples autochtones et de leurs membres dans les Amériques » (1996) 41 R.D. McGill 855 à la p. 881.

¹⁷³ Cette disposition correspond à l'article 24 des versions du Président du Groupe de travail et de la Réunion pour la quête d'un consensus.

ressources, l'unique obligation juridique lui incombant dans l'éventualité d'une mise en œuvre d'un programme d'exploration ou d'exploitation est de mettre en place des procédures pourvoyant à la participation des communautés autochtones intéressées. Nul consentement n'est requis. À cet égard, l'article 21(2), qui traite du droit au développement, constitue une anomalie en disposant :

À moins que des circonstances exceptionnelles ne le justifient dans l'intérêt public, les États prennent les mesures nécessaires pour que les décisions concernant un plan, un programme ou un projet quelconque touchant les droits ou conditions de vie des populations autochtones ne soient pas prises sans le *consentement libre et informé des dites populations*, qu'il soit tenu compte de leurs préférences en la matière, et que pour que ces décisions ne comportent aucune disposition qui pourrait avoir des effets négatifs sur lesdites populations.¹⁷⁴ [Nos italiques]

Il y a là une ambiguïté entre cette disposition et l'article 15(1)¹⁷⁵. En effet, n'est-il pas ambigu de conférer un droit à l'autonomie gouvernementale (article 15 (1)) limité en matière de gestion de terres et de ressources (article 18), tout en exigeant l'obtention du consentement des peuples autochtones à des projets, y compris des projets d'exploration ou d'exploitation de ressources, qui pourraient avoir des incidences sur leurs droits ou leurs conditions de vie (article 21(2)). La résolution de cette ambiguïté se réalisera probablement par l'adoption de la reformulation du libellé de l'article 21(2), mis sur la table par les représentants des États des Amériques, qui supprime tout simplement l'allusion au terme consentement¹⁷⁶, ou de celle du président du Groupe de travail chargé d'élaborer la *Déclaration* qui ne fait allusion qu'à un droit de consultation¹⁷⁷.

Il est dès lors compréhensible que la *Déclaration* alloue plus de place à la norme de l'intégrité culturelle que le projet onusien. En effet, puisque cette norme pallie à l'état d'exclusion des peuples autochtones du droit à l'autodétermination et que la *Déclaration* le perpétue au contraire de sa consœur onusienne, il ne saurait en être autrement. Une manifestation de la norme se discerne dès le préambule¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 11, art. 21(2). Cette disposition correspond à l'article 29 des versions du Président du Groupe de travail et de la Réunion pour la quête d'un consensus.

¹⁷⁵ Hilling, *supra* note 172 à la p. 881.

¹⁷⁶ OÉA, Commission des questions juridiques et politiques, *Projet de Déclaration américaine des droits des peuples autochtones – Document de travail comparant le projet original élaboré par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, les propositions émanées des États, et les propositions des représentants des peuples autochtones, ainsi que l'avant-projet du Président du groupe de travail chargé d'élaborer le Projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, Doc. off. OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc.53/02 (2002) à la p. 54.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 11. Le préambule précise : « Reconnaissant le respect que les cultures des populations autochtones des Amériques accordent à l'environnement, ainsi que la relation spéciale que ces populations entretiennent avec l'environnement, le sol, les ressources et les territoires qu'elles habitent ». Le préambule de la version du Président du Groupe de travail emploie un libellé similaire.

L'article 7 s'accompagne d'ailleurs du titre « droit à l'intégrité culturelle »¹⁷⁹. Comparativement au préambule, il met toutefois moins en relief l'unicité de la relation des peuples autochtones avec leurs territoires.

L'Organisation des États américains considère cette *Déclaration* comme l'une de ses priorités à court et moyen termes. C'est du moins ce que laisse suggérer la Commission des questions juridiques et politiques au fil des ans¹⁸⁰. Quoique moins contraignante qu'une convention car n'étant pas justiciable devant la Cour¹⁸¹, la *Déclaration* est néanmoins significative au plan symbolique en témoignant de la prise en considération des intérêts des peuples autochtones qui ont été si souvent, même dans un passé très rapproché, ignorés¹⁸².

B. Les politiques sur les peuples autochtones et les relocalisations involontaires de populations des banques de développement

Trois institutions font l'objet de cette section : la Banque mondiale (BM), la Banque interaméricaine de développement (BIRD) et la Banque asiatique de développement (BAD). Leurs politiques sur les peuples autochtones, tout comme celles régissant les relocalisations involontaires, n'attribuent aucun droit de veto aux peuples autochtones. Dans ce contexte, elles se rabattent sur la norme prophylactique de l'intégrité culturelle, donnant ainsi l'apparence que le respect des territoires et des ressources naturelles autochtones constitue une considération prioritaire dans leurs activités de financement.

Quant à la version de la Réunion pour la quête d'un consensus, elle ne reproduit pas le préambule de la *Déclaration*.

¹⁷⁹ Le libellé de l'article 7, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 11, se lit comme suit : « Les populations autochtones ont droit à leur intégrité culturelle et à leur patrimoine historique et archéologique, éléments importants pour leur survie et l'identité de leurs membres. Les populations autochtones ont droit à la restitution intégrale du patrimoine dont elles ont été spoliées ou, si cela est impossible, à une indemnisation qui ne peut être inférieure aux normes du droit international. Les États reconnaissent et respectent les modes de vie des autochtones, leurs coutumes, traditions, modes d'organisation sociale, institutions, pratiques, croyances, valeurs, vêtements, et leurs langues ». Cette disposition correspond à l'article 12 des versions du Président du Groupe de travail et de la Réunion pour la quête d'un consensus. Il faut toutefois signaler que l'ensemble du libellé de l'article 12 de la version de la Réunion pour la quête d'un consensus est entre crochets, ce qui signifie qu'aucun consensus n'a été atteint quant à la portée de cette disposition.

¹⁸⁰ OÉA, Commission des questions juridiques et politiques, *Projet de résolution : Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, Doc. off. OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc.80/02 rev. 1 (2002) au para. 1; OÉA, Commission des questions juridiques et politiques, *Projet de résolution : Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, Doc. off. OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc.134/03 rev. 3 (2003) au para. 1; OÉA, Commission des questions juridiques et politiques, *Projet de résolution : Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, Doc. off. OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc.219/05 rev. 1 (2005) au para. 1; OÉA, Commission des questions juridiques et politiques, *Projet de résolution : Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, Doc. off. OEA/Ser.K/XVICP/CAJP-2285/05 (2005) au para. 1.

¹⁸¹ Rouland, Pierré-Caps et Pouramède, *supra* note 157 à la p. 417.

¹⁸² Otis et Melkevik, *supra* note 46 à la p. 16.

1. LA POLITIQUE OPÉRATIONNELLE RÉVISÉE 4.10 SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES DE LA BANQUE MONDIALE : LE PRINCIPE VICTIME D'UN JEU DE MOT

La *Politique opérationnelle révisée 4.10 sur les peuples autochtones*¹⁸³ de la BM ne réfère au Principe que dans la mesure où elle importe certaines de ses composantes dans la notion de consultation libre, préalable et éclairée qui en forme le vecteur. Applicable aux projets s'amorçant après le 1^{er} juillet 2005, la *Politique 4.10* révisé la *Directive OD 4.20 de la Banque mondiale*¹⁸⁴. C'est cette notion de consultation libre, préalable et éclairée qui est sa marque de commerce¹⁸⁵, notion que fait également sienne un document qui s'y adjoint¹⁸⁶. La Société financière internationale, membre du groupe de la BM, reproduit textuellement cette notion dans l'une de ses politiques opérationnelles¹⁸⁷. Il ne faut point se faire d'illusion; même mise en œuvre convenablement, cette notion n'est pas un gage de la mise en œuvre du Principe comme le suggère Robert Goodland¹⁸⁸. Son incorporation dans la *Politique 4.10* relève d'une décision délibérée des dirigeants de la BM qui ont refusé toute reconnaissance d'un droit de veto aux peuples autochtones dans le cadre d'un projet de développement recevant son appui financier¹⁸⁹. La *Politique 4.10* se limite donc à cette notion de consultation libre, préalable et éclairée qui doit donner lieu à un large support d'une communauté donnée avant que la banque donne le feu vert à une activité de financement¹⁹⁰. Qui plus est, la *Politique opérationnelle 4.12 : Délocalisation involontaire*¹⁹¹ ne fait pas référence au Principe. Elle se contente de mettre à jour un processus de consultation¹⁹².

¹⁸³ Banque mondiale, *Revised Operational Policy on Indigenous Peoples OP 4.10*, Washington D.C., Banque mondiale, 2005 [*Politique 4.10*]. Pour une analyse de cette *Politique*, voir notamment, Fergus MacKay, « Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent and the World Bank's Extractive Industries Review » (2004) 4 Sustainable Development Law & Policy 43; Fergus MacKay, « Universal Rights or a Universe into Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples » (2002) 17 Am. U. Int'l L. Rev. 527; Fergus MacKay, « The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples : Progress or More of the Same? » (2005) 22 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 65 [MacKay, « The Draft World Bank »]; Robert Goodland, « Free, Prior and Informed Consent and the World Bank Group » (2004) 4 Sustainable Development Law & Policy 66.

¹⁸⁴ Banque mondiale, *Directive OD 4.20 de la Banque mondiale*, Washington D.C., Banque mondiale, 1991.

¹⁸⁵ La *Politique 4.10* renvoie régulièrement à cette notion. Voir, *Politique 4.10, supra* note 183 aux para. 1, 6 (c), 10, 18 et 20.

¹⁸⁶ Banque mondiale, *Revised Bank Procedure on Indigenous Peoples BP 4.10*, Washington D.C., Banque mondiale, 2005 au para. 2.

¹⁸⁷ Société financière internationale, *Politique et critères de performance pour la durabilité sociale et environnementale*, Washington D.C., Société financière internationale, 2005 aux pp. 18-23, 30-31. C'est le critère de performance n° 7 sur les populations autochtones qui y fait référence. Il faut également noter que le critère de performance n° 5 sur les déplacements forcés ne confère aucun droit de veto aux populations affectées.

¹⁸⁸ Goodland, *supra* note 183 à la p. 66.

¹⁸⁹ À ce sujet, voir l'article suivant de Fergus MacKay dans lequel il réfère à une note de service non publiée provenant du Conseil d'administration de la Banque : MacKay, « The Draft World Bank », *supra* note 183 à la p. 79.

¹⁹⁰ *Politique 4.10, supra* note 183 au para. 1.

¹⁹¹ Banque mondiale, *Operational Policy 4.12 : Involuntary Resettlement*, Washington D.C., Banque mondiale, 2001.

¹⁹² *Ibid.* au para. 2. Voir également, *Politique 4.10, supra* note 183 au para. 20.

Il n'est guère surprenant que, en énonçant au paragraphe premier sa position médiane entre un simple droit de consultation et un droit de veto, la BM ait cru bon de mettre l'accent sur la norme de l'intégrité culturelle dans le second paragraphe. La BM y mentionne que

*the identities and cultures of Indigenous Peoples are inextricably linked to the lands on which they live and the natural resources on which they depend. These distinct circumstances expose Indigenous Peoples to different types of risks and levels of impacts from development projects, including loss of identity, culture, and customary livelihoods.*¹⁹³

En somme, la BM admet que les territoires autochtones interpellent une protection toute particulière, sans pourtant y pourvoir adéquatement par l'entremise du Principe. Ce faisant, elle donne l'impression qu'elle est spécialement sensible aux populations autochtones dans le cadre de ses activités de financement.

2. LA POLITIQUE OPÉRATIONNELLE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES DE LA BANQUE INTERAMÉRICAINNE DE DÉVELOPPEMENT

La *Politique opérationnelle sur les peuples autochtones*¹⁹⁴ de la BIRD réfère explicitement au Principe sans pourtant y conférer une réelle effectivité. Elle stipule que la BIRD doit se soumettre à un processus de consultation avec les peuples autochtones qui jouissent d'ailleurs d'un droit de participation dans le projet pouvant potentiellement les affecter et que

*[t]he policy [...] will consider the principle of free, prior and informed consent of indigenous stakeholders, in a manner consistent with international agreements in this area. (La politique [...] tiendra compte du principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en conformité avec les conventions internationales en la matière).*¹⁹⁵ [Notre traduction]

Or, existe-t-il une convention internationale, en vigueur à ce jour, reconnaissant le Principe? À la lumière de notre analyse, il nous faut répondre par la négative. Ni cette politique ni d'autres documents de la BIRD n'outrepassent les

¹⁹³ [L]es identités et les cultures des peuples autochtones sont étroitement liées aux territoires sur lesquels ils vivent et aux ressources naturelles sur lesquelles ils dépendent. Ces circonstances particulières exposent les peuples autochtones à différents types de risques et d'impacts résultant de projets de développement dont la perte d'identité, de culture et du mode de vie traditionnel. [Notre traduction] *Politique 4.10, ibid.* au para. 2.

¹⁹⁴ Banque interaméricaine de développement, *Operational Policy on Indigenous Peoples*, Washington D.C., Banque interaméricaine de développement, 2004 [*Politique opérationnelle de la BIRD*]. Pour une analyse du Principe dans le cadre des activités de la BIRD, voir notamment : Anne Deruyttere, « Perceived Challenges to Recognition of Prior and Informed Consent of Indigenous Peoples and Other Local Communities: The Experiences of the Inter-American Development Bank » (2004) 4 *Sustainable Development Law & Policy* 40 [Deruyttere, « Perceived Challenges »].

¹⁹⁵ *Politique opérationnelle de la BIRD, ibid.* au para. 2.7 (2).

notions de consultation et de participation des peuples autochtones dans le contexte de projets de développement auxquels la BIRD consent un appui financier¹⁹⁶.

La *Politique opérationnelle OP-710 sur les relocalisations involontaires*¹⁹⁷ confère une effectivité au Principe, mais elle ne peut toutefois laisser présager un développement positif pour le Principe tel que définit dans cette analyse. La *Politique OP-710* dispose que l'acceptation de la BIRD à un projet de développement impliquant une relocalisation d'une collectivité autochtone est notamment tributaire à ce que cette dite communauté lui ait donné son consentement éclairé¹⁹⁸. Toutefois, pour nos fins, le droit de veto doit être une option envisageable dans le contexte d'activités affectant les territoires et les ressources des collectivités autochtones, sans égard à une potentielle relocalisation de celle-ci.

À l'instar de la *Politique 4.10*¹⁹⁹, la *Politique opérationnelle de la BIRD*²⁰⁰ a recours à la norme de l'intégrité culturelle. La BIRD met l'accent sur la nécessité de chaque projet affectant les intérêts d'une communauté autochtone de devoir se concilier avec les objectifs de promotion et de protection de la culture, de l'identité, des langages et des connaissances traditionnelles autochtones²⁰¹.

3. LA POLITIQUE DE LA BANQUE ASIATIQUE DE DÉVELOPPEMENT SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES

La *Politique de la Banque asiatique de développement sur les peuples autochtones*²⁰² fait explicitement mention au Principe en l'entachant pendant d'une antinomie. Elle y réfère en ces termes :

Initiatives should be conceived, planned, and implemented, to the maximum extent possible, with the informed consent of affected communities. (Les initiatives [de la BAD] devrait être conçues, planifiées et mises en œuvre avec, autant que possible, le consentement éclairé des communautés affectées).²⁰³ [Notre traduction]

¹⁹⁶ Les trois documents suivants ne font, en effet, que référence au principe de consultation et de participation des peuples autochtones : Banque interaméricaine de développement, *Strategy for Promoting Citizen Participation in Bank Activities*, Washington D.C., Banque interaméricaine de développement, 2004 au para. 1.11 (iv); Anne Deruyttere, *Indigenous Peoples and Sustainable Development: The Role of the Inter-American Development Bank*, Washington D.C., Banque interaméricaine de développement, 1997 aux pp. 9-10; Norman Schwartz et Anne Deruyttere, *Community Consultation, Sustainable Development and the Inter-American Development Bank: A Concept Paper*, Washington D.C., Banque interaméricaine de développement, 1996 à la p. 2 où les peuples autochtones ne sont pas expressément mentionnés, mais toutefois implicitement compris.

¹⁹⁷ Banque interaméricaine de développement, *Involuntary Resettlement: Operational Policy and Background Paper*, Washington D.C., Banque interaméricaine de développement, 1998 [*Politique OP-710*].

¹⁹⁸ *Ibid.* aux pp. 2-3.

¹⁹⁹ *Politique 4.10, supra* note 183.

²⁰⁰ *Politique opérationnelle de la BIRD, supra* note 194.

²⁰¹ *Ibid.* aux pp. 3 et 5. À ce sujet, voir : Deruyttere, « Perceived Challenges », *supra* note 194.

²⁰² Banque asiatique de développement, *The Bank's Policy on Indigenous Peoples*, Mandaluyong (Philippines), Banque asiatique de développement, 1998 [*Politique de la BAD*].

²⁰³ *Ibid.* au para. 31.

L'antinomie ne se révèle pas exclusivement de l'expression « autant que possible », mais également de l'énoncé de la *Politique* à l'effet qu'elle doit reconnaître et respecter la souveraineté de ses membres et les législations nationales régissant les questions autochtones²⁰⁴. Or, comparativement aux États des Amériques, les États asiatiques n'ont pas un dossier reluisant en matière de droits autochtones. La majorité d'entre eux vont même jusqu'à refuser de les reconnaître sur leur territoire²⁰⁵. Quant à la *Politique de la BAD sur les relocalisations involontaires*, elle se limite à la notion de participation²⁰⁶.

Tout comme la *Politique 4.10*²⁰⁷ et la *Politique opérationnelle de la BIRD*²⁰⁸, la *Politique de la BAD*²⁰⁹ a recours à la norme de l'intégrité culturelle. La BAD note le développement du droit international portant sur la protection des cultures autochtones²¹⁰ et signale que l'un des objectifs de sa *Politique* est de concilier les initiatives prises sous son égide avec l'unicité culturelle des collectivités autochtones²¹¹. Malgré cette position, le dossier peu reluisant des États asiatiques s'étend jusqu'à la protection des droits territoriaux autochtones qui est nettement moins développée dans cette région que dans le reste du monde²¹². Et la BAD ne peut rien n'y faire. Elle n'est, après tout, qu'une créature des États asiatiques peu enclins à promouvoir les droits de leurs collectivités autochtones.

C. Le Principe et la protection des ressources biologiques, génétiques et des savoirs traditionnels connexes des peuples autochtones

Le biopiratage requiert une intervention juridique de la part des États²¹³. La forme qu'elle revêt est fonction des intérêts économiques qui en motivent la mise en œuvre. Or, il est dans l'intérêt des États de conserver leur mainmise sur les territoires et les ressources autochtones tout en légiférant sur les modalités de leur exploitation de manière à la rendre tributaire à leur consentement et non à celui des peuples autochtones. En sauvegardant la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, la *Convention sur la diversité biologique*²¹⁴ « ne fait que renforcer la tendance qui

²⁰⁴ *Ibid.* au para. 4.

²⁰⁵ Otis et Melkevik, *supra* note 46 à la p. 12.

²⁰⁶ Banque asiatique de développement, *Involuntary Resettlement*, Mandaluyong (Philippines), Banque asiatique de développement, 1995 au para. 39.

²⁰⁷ *Politique 4.10*, *supra* note 183.

²⁰⁸ *Politique opérationnelle de la BIRD*, *supra* note 194.

²⁰⁹ *Politique de la BAD*, *supra* note 202.

²¹⁰ *Ibid.* au para. 18.

²¹¹ *Ibid.* au para. 31.

²¹² À ce sujet, voir notamment, Alexandra Xanthaki, « Land Rights of Indigenous Peoples in South-East Asia » (2003) 4 *Melbourne Journal of International Law* 467.

²¹³ Par biopiratage, il faut entendre l'utilisation commerciale non autorisée de ressources biologiques et/ou des savoirs traditionnels leur étant connexes, ou le brevetage d'inventions fondées sur de tels savoirs, qui ne s'accompagne d'aucune compensation. Voir, Ikechi Mgbeoji, *Global Biopiracy: Patents, Plants and Indigenous Knowledge*, Vancouver, University of British-Columbia Press, 2006 à la p. 13.

²¹⁴ *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 12.

existait à travers le monde depuis les colonisations », soit celle de la dépossession des territoires et des ressources autochtones justifiée sous le couvert de doctrines juridiques validées par les droits domestiques des États²¹⁵. Un rapport onusien vient par ailleurs confirmer la triste véracité de cette constatation²¹⁶.

1. LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE

Dès son préambule, la *Convention sur la diversité biologique*²¹⁷ laisse présager au lecteur qui parcourt ses dispositions les libellés des articles 3 et 15(1)²¹⁸. Ces articles consignent le principe de la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles en disposant respectivement :

Conformément à la *Charte des Nations unies* et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement [...].²¹⁹

Étant donné que les États ont le droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale.²²⁰

Toutefois, l'article 8(j), reflet d'un régime fondé sur un droit de participation plutôt que sur le droit à l'autodétermination²²¹, prévoit :

Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, [chaque partie contractante] respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des *dépositaires* de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.²²² [Nos italiques]

Cette disposition favorise ainsi la consolidation du Principe, mais l'expression « Sous réserve des dispositions de sa législation nationale » suggère que les États disposent toujours du pouvoir de procéder à des activités ayant des

²¹⁵ Armelle Guignier, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figurants ou acteurs?*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004 à la p. 49.

²¹⁶ Daes, *Souveraineté permanente*, *supra* note 17.

²¹⁷ *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 12.

²¹⁸ Le préambule, *ibid.* dispose, *inter alia* : « Réaffirmant que les États ont des droits souverains sur leurs ressources biologiques, Réaffirmant également que les États sont responsables de la conservation de leur diversité biologique et de l'utilisation durable de leurs ressources biologiques ».

²¹⁹ *Ibid.*, art. 3.

²²⁰ *Ibid.*, art. 15(1).

²²¹ Clavero, *supra* note 53 à la p. 47.

²²² *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 12, art. 8(j).

incidences négatives sur les territoires de leurs populations autochtones sans leur consentement, conformément, le cas échéant, à leur législation domestique.

Dans ce contexte, il n'est guère surprenant de remarquer que le préambule, après avoir réaffirmé la souveraineté des États sur leurs ressources biologiques, fait référence à la norme de l'intégrité culturelle²²³. Qu'elle soit le résultat d'un acte délibéré ou non des rédacteurs de la *Convention*²²⁴, cette inclusion entérine notre idée que la norme de l'intégrité culturelle constitue une norme prophylactique. Il n'est d'ailleurs pas plus surprenant que la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*²²⁵ réitère elle aussi le principe de la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles (principe 2) et confine le rôle des peuples autochtones dans un régime participatif (principe 22). Le chapitre 26 de l'*Agenda 21* portant sur la reconnaissance et le renforcement du rôle des populations autochtones et de leurs communautés les assigne au même type de régime²²⁶.

L'applicabilité du Principe fait toutefois l'objet d'une extension normative aux peuples autochtones par le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique (SCDB). À cet égard, le SCDB suggère, entre autres, qu'à toute évaluation d'un projet d'aménagement susceptible d'affecter les populations autochtones devrait s'adjoindre une « [m]ise au point d'un processus grâce auquel les communautés autochtones et locales pourraient approuver ou opposer un projet d'aménagement qui est susceptible d'avoir des répercussions négatives sur leur communauté »²²⁷.

Dans un autre document, le SCDB, après avoir évoqué l'article 15, insiste sur le fait qu'un système de consentement préalable donné en connaissance de cause, tel qu'institué par la *Convention*²²⁸, devrait comprendre l'exigence d'obtenir un tel consentement des parties affectées par un projet donné, dont les peuples autochtones, selon les circonstances et conformément au droit domestique²²⁹. Même les États parties à la *Convention*²³⁰ reconnaissent qu'il est souhaitable de recourir au Principe

²²³ *Ibid.*, préambule. Il dispose, en effet : « *Reconnaissant* qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments ».

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » dans *Rapport de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement*, 3-14 juin 1992, (A/CONF.151/26 (Vol. 1)).

²²⁶ « Agenda 21 » dans *Rapport de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement*, 3-14 juin 1992, chap. 26 (A/CONF.151/26 (Vol. II)).

²²⁷ Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Akwé : Kon : Lignes directrices facultatives pour la conduite d'études sur les impacts culturels, environnementaux et sociaux des projets d'aménagement ou des aménagements susceptibles d'avoir un impact sur des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2004, art. 8(e).

²²⁸ *Convention sur la diversité biologique*, supra note 12.

²²⁹ Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2002, art. 24, 26(d).

²³⁰ *Convention sur la diversité biologique*, supra note 12.

dans l'application de l'article 8(j)²³¹. Cette extension est méritoire. Cependant, face à la gravité des conséquences qui résultent des événements auxquels convoient justement pallier le Principe, les peuples autochtones ne peuvent s'accommoder d'un régime purement normatif.

2. L'OMNIPRÉSENCE DU PRINCIPE COMME NOTION NORMATIVE

Par-delà les documents développés par le SCDB, le Principe s'est frayé un chemin dans les arènes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), sans pourtant être enchâssé dans un instrument juridique contraignant. L'OMPI constitue un forum unique en son genre pour faire progresser les tractations au sujet de la protection du savoir traditionnel et des ressources génétiques des peuples autochtones avec, entre autres, la création, en octobre 2000, du Comité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle en rapport avec les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore²³². Mise à part une étude normative²³³, aucun instrument juridique contraignant n'a été développé par l'OMPI en matière d'exigence de divulgation dans les systèmes de brevetage et de propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels connexes. Cette constatation est également valable pour le Principe auquel l'OMPI ne réfère que dans des documents normatifs²³⁴. Quant à l'OMC, elle ne fait mention du Principe que lorsque ses États membres y font allusion dans le cadre de négociations menées sous son égide²³⁵. Qui plus est, la littérature reconnaît que le consentement donné en connaissance de cause dont jouissent les États signataires de la *Convention sur la diversité biologique*²³⁶ et, par extension, celui dont pourraient éventuellement jouir les peuples autochtones, est

²³¹ *Report of the Fourth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity*, Doc. off. UNEP/CBD/COP/8/7 (2006) à la p. 27.

²³² Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Assemblée générale, 26^e sess., *Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore*, Doc. off. WO/GA/26/6 (2000).

²³³ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Technical Study on Disclosure Requirement in Patent Systems Related to Genetic Resources and Traditional Knowledge*, Genève, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2004.

²³⁴ Voir notamment : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, 7^e sess., *Résumé du projet d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux concernant la protection des savoirs traditionnels*, Annexe 1, Doc. off. WIPO/GRTKF/IC/7/5 (2004) à la p. 8 où le principe B7 stipule que « [l]e principe de consentement préalable donné en connaissance de cause doit régir tout accès direct à un savoir traditionnel ou acquisition d'un tel savoir directement auprès de ses détenteurs traditionnels »; Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Atelier international sur les méthodes en matière de consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause et les peuples autochtones*, Genève, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2005, en ligne : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle <http://www.wipo.int/tk/en/cooperation/documents/indigenous_peoples_fr.pdf>.

²³⁵ Voir notamment : OMC, *Protection des savoirs traditionnels et du folklore : résumé des questions qui ont été soulevées et des vues qui ont été formulées*, OMC Doc. IP/C/ W/370 (2002) à la p. 9, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ipcw370_f.doc>.

²³⁶ *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 12.

incompatible avec les dispositions de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*²³⁷.

D'autres organismes internationaux sans aucune autorité législative, tels que l'Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles et son organe subsidiaire qu'est la Commission internationale sur les aires protégées, font également la promotion du Principe²³⁸. Même le Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada a produit une étude dans laquelle le Principe occupe une place non négligeable²³⁹. Puisque le Principe est une conséquence directe de la souveraineté d'une entité sur les ressources naturelles de son territoire²⁴⁰, il est indéniable que le foisonnement de la littérature gravitant autour du Principe ne fait que traduire son ineffectivité. En effet, à quoi bon référer sans cesse au Principe si la *Convention sur la diversité biologique*²⁴¹ reconnaît que les peuples autochtones jouissent du Principe en tant que conséquence directe de leur droit à l'autodétermination qui s'assortirait d'une souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles? Nous ne pouvons que donner notre assentiment à la conclusion d'Anne Perreault qui considère que

*[t]he failure of WIPO and TRIPS to require evidence of FPIC and disclosure of origin could undermine the FPIC requirements in other instruments. (L'échec de l'OMPI et des TRIPS d'exiger une preuve de l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé et de la divulgation de l'origine pourrait saper l'exigence d'un tel consentement dans d'autres instruments).*²⁴² [Notre traduction]

²³⁷ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, reproduit dans l'*Annexe IC de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332 [TRIPS]. Pour approfondir cette dimension qui excède de loin notre propos, voir notamment, Nuno Pires de Carvalho, « Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications Without Infringing The TRIPS Agreement : The Problem and the Solution » (2000) 2 Wash. U.J.L. & Pol'y 371; Michael I. Jeffery, « Intellectual Property Rights and Biodiversity Conservation: Reconciling the Incompatibilities of the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity » dans Burton Ong, dir., *Intellectual Property and Biological Resources*, Singapour, Marshall Cavendish Academic, 2004, 185; Anne Perrault et Maria Julia Oliva, *Prior Informed Consent and Access to Genetic Resources, Disclosure Requirements : Incorporating the CBD Principles in the TRIPS Agreement On the Road to Hong Kong*, World Trade Organization Public Symposium, 21 avril 2005 [non publié]. Transcription disponible en ligne : The Center for International Environmental Law <http://www.ciel.org/Publications/PIC_PerraultOliva_Apr05.pdf>.

²³⁸ Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, *Draft International Covenant on Environment and Development*, 2^e éd., Gland (Suisse), Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, 2000, art. 43 2); Commission internationale sur les aires protégées, *Indigenous and Traditional Peoples and Protected Areas: Principles, Guidelines and Case Studies*, Gland (Suisse), Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, 2000 à la p. 9.

²³⁹ Affaires indiennes et du Nord Canada, *Propriété intellectuelle et autochtones : Document de travail* par Simon Brascoupe et Karin Endemann, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1999 aux pp. 4, 7-8.

²⁴⁰ Adriana Casas, « Prior Informed Consent in the Convention on Biological Diversity-Bonn Guidelines : National Implementation in Colombia » (2004) 4 Sustainable Development Law & Policy 27 à la p. 27.

²⁴¹ *Convention sur la diversité biologique*, supra note 12.

²⁴² Anne Perrault, « Facilitating Prior Informed Consent in the Context of Genetic Resources and Traditional Knowledge » (2004) 4 Sustainable Development Law & Policy 21 à la p. 22.

De deux choses l'une : ou bien le droit international donne des ailes au Principe par une reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones, scénario invraisemblable, ou bien il propose une solution mitoyenne entre la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles et le statut quo actuel, scénario tout aussi improbable. En effet, le système contemporain de propriété intellectuelle n'est que le produit de la suprématie économique occidentale. Il n'est pas édifié à l'avantage des peuples autochtones comme l'atteste notamment le biopiratage relié à l'industrie des produits pharmaceutiques à base de plantes médicinales, où ses règles favorisent les entreprises œuvrant dans ce secteur en pleine expansion²⁴³. Cette impasse est notamment imputable à la subordination du Principe au droit à l'autodétermination.

III. L'obligation de consultation au Canada

A. L'obligation de consultation comme émanation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire canadien

C'est l'obligation de consultation qui s'apparente le plus au Principe en droit canadien. De l'aveu même de la CSC, elle n'est que l'émanation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire et les ressources du Canada. Le droit canadien a toutefois le mérite d'afficher explicitement sa position à l'égard des peuples autochtones. Par conséquent, il n'évoque que rarement la norme de l'intégrité culturelle, puisqu'en reconnaissant expressément la souveraineté de la Couronne sur les territoires et les ressources naturelles autochtones, il en réduit considérablement la fonction prophylactique.

1. LA POLITIQUE DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL PORTANT SUR LA VIE POLITIQUE INTERNE DES PEUPLES AUTOCHTONES : LE DROIT INHÉRENT À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

Cette politique repose essentiellement sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁴⁴. C'est à la lumière de cette disposition que le gouvernement fédéral conceptualise la vie politique interne des peuples autochtones. Dans sa politique, le gouvernement consacre le droit inhérent à l'autonomie

²⁴³ Mgbeoji, *supra* note 213 à la p. 120. Traci L. McClellan estime que le droit international protège adéquatement les ressources végétales et les savoirs traditionnels leur étant connexes des peuples autochtones. Il n'en demeure pas moins qu'il fait état de plusieurs de ses déficiences. Voir, Traci L. McClellan, « The Role of International Law in Protecting the Traditional Knowledge and Plant Life of Indigenous Peoples » (2000-2001) 19 *Wis. Int'l L.J.* 249. Au sujet de la protection des connaissances médicinales des peuples autochtones en droit international, voir notamment : Marie-Claire Lassonde, *The Protection of Indigenous Medicinal Knowledge in International Intellectual Property Law*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2003 [non publiée].

²⁴⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

gouvernementale contenu, selon lui, à l'article 35²⁴⁵. Il prend toutefois soin de mettre en évidence que ce droit n'équivaut pas à un droit à la souveraineté au sens du droit international ni à un droit de créer un État indépendant et souverain²⁴⁶. Il s'agit plutôt d'un droit visant à promouvoir la pérennité des peuples autochtones au sein de la Fédération canadienne en assurant leur participation dans sa gestion²⁴⁷. Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (Commission royale) leur reconnaît toutefois un droit à l'autodétermination auquel se greffe un droit de « négocier les conditions de leur relation avec le Canada et d'établir les structures gouvernementales qu'ils jugent adaptées à leurs besoins »²⁴⁸. La Commission royale s'empresse cependant de préciser que cette conception du droit à l'autodétermination ne confère en aucun cas un droit de sécession, sous réserve « d'oppression grave ou de désintégration totale de l'État canadien »²⁴⁹.

Le droit à l'autonomie gouvernementale institué par la *Politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des autochtones*²⁵⁰ et le droit à l'autodétermination tel qu'entendu par la Commission royale ne détiennent ni la faculté politique ni la qualité juridique pour conduire à une reconnaissance du droit à l'autodétermination qui est nécessaire à l'existence effective du Principe selon la littérature majoritaire. En effet, la souveraineté permanente de la Couronne sur les ressources naturelles du Canada est préservée comme le démontre la prochaine section. Dans le contexte du partage des compétences opéré par la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette souveraineté se traduit législativement par le fait que les provinces sont titulaires du domaine public compris à l'intérieur de leurs frontières, sauf exceptions²⁵¹.

Par ailleurs, la jurisprudence contemporaine portant sur les enjeux de gouvernance autochtone adopte une approche restrictive où la souveraineté de la Couronne a préséance. Comme le précisent Borrows et Rotman :

[L]a jurisprudence contemporaine a défini les pouvoirs autochtones de gouvernance d'une manière beaucoup plus restrictive que l'aurait justifié

²⁴⁵ Affaires indiennes et du Nord Canada, *Guide de la politique fédérale : L'autonomie gouvernementale des autochtones : L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, 1995 à la p. 3 [*Politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des autochtones*]. À ce sujet, voir également : Service d'information et de recherche parlementaires, *L'autonomie gouvernementale des autochtones* par Jill Wherrett, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1999. Plusieurs législations fédérales témoignent de la mise en œuvre du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Voir notamment, *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, L.R.C. 1986, c. C-27; *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la première nation de Westbank*, L.R.C. 2004, c. C-17; *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.R.C. 1994, c. C-35. La loi constitutive du Nunavut en est évidemment la concrétisation la plus patente. Voir, *Loi sur le Nunavut*, L.R.C. 1993, c. C-28.

²⁴⁶ *Politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des autochtones*, *ibid.* à la p. 4.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Canada, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, vol. 2, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 à la p. 185.

²⁴⁹ *Ibid.* à la p. 192.

²⁵⁰ *Politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des autochtones*, *supra* note 245.

²⁵¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 109, 117.

la pratique historique, ou les réclamations autochtones à cet égard. Cette réduction des pouvoirs de gouvernance autochtone s'accompagne d'une augmentation continue de ces pouvoirs en faveur d'institutions non autochtones. Les tribunaux analysent minutieusement et restrictivement la gouvernance autochtone, tout en entérinant des affirmations étendues de la souveraineté de la Couronne sans pourtant les assujettir au même type d'analyse minutieuse et restrictive.²⁵² [Notre traduction]

Les arrêts *R. c. Pamajewon* et *Delgamuukw* confirment les propos de ces auteurs, en ce sens que la CSC y a statué que le droit à l'autonomie gouvernementale consacrée à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁵³ ne peut être formulé en termes excessivement généraux²⁵⁴.

2. L'OBLIGATION DE CONSULTATION

Il règne toujours un état d'incertitude quant à l'origine exacte de l'obligation de consultation et d'accommodement²⁵⁵. Alors que certains considèrent qu'elle émane de la relation fiduciaire qui prévaut entre la Couronne fédérale et les peuples autochtones²⁵⁶, auquel a donné naissance l'arrêt *Guérin c. La Reine*²⁵⁷, d'autres estiment que c'est l'arrêt *R. c. Sparrow*²⁵⁸ qui en est à l'origine²⁵⁹. Pour nos fins, il est préférable de signaler que l'échafaudage de cette obligation repose sur quatre sources qui englobent l'ensemble des positions de la jurisprudence et de la doctrine : la notion de l'équité procédurale propre au droit administratif qui doit s'appliquer à l'ensemble des citoyens canadiens, y compris les peuples autochtones, la relation fiduciaire qui caractérise le rapport qu'entretiennent la Couronne fédérale et les Couronnes provinciales avec les peuples autochtones, le principe de l'honneur de la Couronne et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁶⁰.

²⁵² John J. Borrows et Leonard I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary*, 2^e éd., Markham (Ontario), LexisNexis Butterworths, 2003 aux pp. 703-04.

²⁵³ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 244.

²⁵⁴ *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 [*Delgamuukw*].

²⁵⁵ Au sujet de cette obligation de consultation, voir notamment : Thomas Isaac et Anthony Knox, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003) 41 *Alta. L. Rev.* 49; Richard F. Delvin et Ronald Murphy, « Contextualizing the Duty to Consult : Clarification or Transformation? » (2003) 14 *N.J.C.L.* 167; Sonia Lawrence et Patrick Macklem, « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000) 79 *R. du B. can.* 252; David Schulze, « Le nouveau rôle des autochtones dans le développement au Québec : les obligations de consultation et d'accommodement », Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Livre du Congrès 2005, en ligne : Barreau du Québec <http://www.barreau.qc.ca/congres/2005/programme/pdf/schulze_david.pdf>. Il faut, par ailleurs, préciser que nous nous intéresserons point à la « facette accommodement » de cette obligation.

²⁵⁶ Delvin et Murphy, *ibid.* à la p. 168.

²⁵⁷ *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

²⁵⁸ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 [*Sparrow*].

²⁵⁹ Nigel Bankes, « Regulatory Tribunals and Aboriginal Consultation » (2003) 82 *Resources* 1 au para. 12 (QL).

²⁶⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 244; Isaac et Knox, *supra* note 255 à la p. 57.

La CSC s'était d'ores et déjà prononcée sur l'obligation de consultation²⁶¹ avant la parution de ses trois arrêts clefs à ce sujet²⁶². Il importe de mentionner que la mise en œuvre de l'obligation n'est pas tributaire du fait que le territoire au cœur d'un litige fasse l'objet d'un traité conférant des droits à une communauté autochtone, comme c'était le cas dans l'affaire *Mikisew*²⁶³. En effet, les arrêts *Nation haïda*²⁶⁴ et *Taku River*²⁶⁵ impliquaient des territoires sur lesquels les communautés autochtones réclamaient des droits territoriaux ancestraux alors que le titre de *common law* appartenait à la Couronne. La mise en œuvre de l'obligation s'enclenche indépendamment du fait que les revendications autochtones visent un territoire dont le titre de propriété n'est pas résolu en leur faveur par un traité ou un autre instrument juridique. L'unique conséquence d'une telle situation serait peut-être d'engendrer un nivellement vers le bas de l'étendue et du contenu de l'obligation de consultation, qui est fonction de la « solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre »²⁶⁶. Cela étant dit, pour les fins de notre analyse, nous nous intéresserons à l'inexistence du droit de veto dans le cadre de cette obligation²⁶⁷.

L'obligation de consultation s'inscrit dans un processus de « négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté [par la Couronne sur les peuples et sur les territoires autochtones] et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications [territoriales des peuples autochtones] »²⁶⁸. Ce principe de conciliation découle des droits consignés dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁶⁹. À cet égard, la CSC a statué que l'article 35(1) : « n'établit que les normes constitutionnelles minimales que doivent respecter les gouvernements dans leurs rapports avec les peuples autochtones relativement aux droits ancestraux ou issus de traités »²⁷⁰. Il leur est loisible d'arrimer leurs relations avec ces peuples sur des normes allant au-delà de celles-ci²⁷¹. Cependant, la CSC n'est pas encline à investir la Couronne d'obligations qui transcenderaient ces normes minimales en matière de consultation avec les peuples autochtones lorsque leurs droits territoriaux ancestraux ou issus de traités sont en jeu. Elle enferme le processus de conciliation, découlant lui-même de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones²⁷², dans le

²⁶¹ Voir notamment, *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw*, *supra* note 254; *Sparrow*, *supra* note 257.

²⁶² *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 [*Nation haïda*]; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550 [*Taku River*]; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] A.C.S. no. 71 [*Mikisew*].

²⁶³ *Mikisew*, *ibid.*

²⁶⁴ *Nation haïda*, *supra* note 262.

²⁶⁵ *Taku River*, *supra* note 262.

²⁶⁶ *Nation haïda*, *supra* note 262 au para. 39.

²⁶⁷ Au sujet des modalités d'application de cette obligation, nous référons le lecteur à l'article de David Schulze. Voir, Schulze, *supra* note 255.

²⁶⁸ *Nation haïda*, *supra* note 262 au para. 32.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 au para. 83.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Nation haïda*, *supra* note 262 au para. 32.

cadre d'une obligation de consultation qui n'est qu'une obligation de moyen qui n'attribue aucun droit de veto aux peuples autochtones.

C'est à l'origine du principe de l'honneur de la Couronne qu'est imputable l'inexistence du droit de veto des peuples autochtones lorsque la Couronne autorise ou procède elle-même à des activités ayant une incidence sur leurs territoires ancestraux ou issus de traités. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les peuples autochtones²⁷³. La CSC ne manque pas de rappeler que ce principe découle « de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque là sous l'autorité de ce peuple »²⁷⁴. En l'absence d'un droit à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles qui résulterait d'une reconnaissance de leur droit à l'autodétermination, les peuples autochtones ne peuvent détenir un droit de veto garantissant l'obtention de leur consentement à un projet ayant des incidences négatives pour leurs intérêts. C'est du moins ce que suggèrent les postulats sur lesquels repose la littérature majoritaire. Par ailleurs, l'obligation de consultation n'en est qu'une de moyen en ce qu'elle ne contraint pas la Couronne à parvenir à une entente avec les peuples autochtones²⁷⁵. De plus, elle ne lie pas les tiers, puisqu'elle découle du principe de l'honneur de la Couronne qui ne peut qu'incomber à elle seule. La Couronne peut certes en déléguer certains aspects procéduraux à des acteurs privés, mais la responsabilité juridique découlant de l'obligation elle-même ne revient qu'à elle²⁷⁶.

Certains pourraient mettre de l'avant le barème du juge Lamer dans l'arrêt *Delgamuukv*²⁷⁷ afin de soutenir qu'un peuple autochtone pourrait avoir le privilège de bénéficier d'un droit de veto dans certaines circonstances. Le juge Lamer considère que

[I]a nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. *Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.*²⁷⁸ [Nos italiques]

²⁷³ *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771 au para. 41. Voir également, *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 aux para. 49-52.

²⁷⁴ *Nation haïda*, *supra* note 262 au para. 32. Voir également : *Mitchell c. Canada (ministre du Revenu national - M.R.N.)*, [2001] 1 R.C.S. 911 au para. 9; *Taku River*, *supra* note 262 au para. 24.

²⁷⁵ *Nation Haïda*, *ibid.* au para. 42; *Taku River*, *ibid.* au para. 2; *Mikisew*, *supra* note 262 au para. 66.

²⁷⁶ *Nation haïda*, *ibid.* au para. 53.

²⁷⁷ *Delgamuukw*, *supra* note 254.

²⁷⁸ *Ibid.* au para. 168.

Il faut en premier lieu rétorquer qu'en l'absence d'un droit à l'autodétermination, un droit de veto permanent n'est pas envisageable, le droit au consentement, dans le contexte du droit à l'autodétermination, ne pouvant être sporadique. En effet, il ne s'inscrit que dans la continuité, puisqu'une fois reconnu, ce droit ne connaît aucune discontinuité dans sa substance ni dans ses effets juridiques. Un droit de veto pourrait toutefois s'envisager de manière sporadique dans le cadre de dispositions constitutionnelles, législatives ou conventionnelles. Deuxièmement, la CSC a commenté cette notion de consentement contenue dans ce barème dans l'affaire *Nation haïda*²⁷⁹ en spécifiant que

[]le "consentement" dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles.²⁸⁰

Finalement, il ne faut pas omettre de mentionner l'instrumentalité économique à laquelle l'obligation de consultation apparaît répondre²⁸¹. En effet, l'économie canadienne étant fortement dépendante du secteur primaire et les territoires autochtones regorgeant de ressources naturelles, consacrer une obligation de moyen ne s'accompagnant d'aucun droit de veto participe d'une rationalité juridique favorisant la pérennité du secteur primaire au détriment de la pérennité d'une frange vulnérable de la population canadienne.

* * *

Le Principe se heurte de plein fouet à un environnement encore trop hostile à sa reconnaissance pleine et entière. Le principal obstacle auquel il fait face est la problématique de la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Sans être mythique, sa mise en œuvre effective demeure encore à un stade embryonnaire et constitue un défi de taille pour les juristes qui se font les porte-étendards de ce principe. En le rendant exclusivement tributaire du droit à l'autodétermination des peuples autochtones, la littérature majoritaire enclave le Principe dans une impasse. C'est pourquoi il est plus qu'approprié de faire appel à une refonte du paradigme actuel dans lequel s'inscrit le Principe.

Cette impasse s'explique par l'exclusion des peuples autochtones des peuples bénéficiant du droit à l'autodétermination. Susplicieux quant à la dimension externe du droit à l'autodétermination, les États se fourvoient en faisant une lecture

²⁷⁹ *Nation haïda*, *supra* note 262.

²⁸⁰ *Ibid.* au para. 48.

²⁸¹ À ce sujet, voir notamment, Lisa Dufraimont, « From Regulation to Recolonization : Justifiable Infringement of Aboriginal Rights and the Supreme Court of Canada » (2000) 58 U.T. Fac. L. Rev. 1.

erronée des revendications des peuples autochtones à ce chapitre qui, loin d'aspirer à la sécession, ne convoitent qu'une reconnaissance de sa dimension interne. Le fourvoiement étatique s'avère d'autant plus injustifiable que les peuples autochtones, politiquement et économiquement vulnérables, ont tout intérêt à demeurer dans leurs États respectifs. Encore faut-il rappeler que cet état de vulnérabilité peut trop souvent être imputé aux États eux-mêmes et à leurs politiques inadaptées au fait autochtone contemporain.

Dans ce contexte, et là se puise tout l'intérêt de la dichotomie entre les modèles de l'intégrité culturelle et de l'autodétermination, il n'est guère surprenant d'observer une prépondérance de la norme de l'intégrité culturelle. Il s'agit bel et bien d'une norme prophylactique dont l'objectif est d'éviter les pratiques étatiques et corporatives préjudiciables aux peuples autochtones qui, n'eût-été d'une reconnaissance de leur droit à l'autodétermination, ne se seraient jamais matérialisées, sous réserve toutefois de leur improbable consentement à celles-ci. Il faut ainsi l'apprécier comme une tentative de suppléer aux conséquences néfastes de la non-reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Ni le *Projet de Déclaration des Nations unies*²⁸², du moins si l'on se fie aux diverses prises de positions étatiques qui semblent miner son adoption avec le libellé actuel de l'article 3, ni le *Projet de Déclaration interaméricaine*²⁸³, qui ne contient aucun article octroyant un droit à l'autodétermination, ne laissent présager une rectification éventuelle de cette situation.

Au Canada, la *Politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des autochtones*²⁸⁴ n'attribue aux peuples autochtones qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Quoique la Commission royale leur reconnaisse un droit à l'autodétermination, elle prend soin de le circonscrire à sa dimension interne. Il serait toutefois possible d'y entrevoir une reconnaissance de la souveraineté permanente des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles. À cet égard, l'obligation de consultation sonne le glas d'une telle inférence. Cette obligation puise ses origines du principe de l'honneur de la Couronne qui repose sur l'affirmation de sa souveraineté sur les peuples autochtones eux-mêmes, sur leurs territoires et sur leurs ressources. Sans veto possible, la cohérence interne du Principe s'en retrouve assurément diminuée. Chose certaine, le droit canadien n'a que rarement recours à la norme de l'intégrité culturelle. Il a ainsi le mérite d'afficher ouvertement sa prise de position au lieu d'en éclipser le contenu sous le couvert de cette norme.

La cohérence interne du Principe se déduisant de la littérature majoritaire qu'est le droit de veto n'est pas assurée en droit international, qui ne semble d'ailleurs pas être prêt à ouvrir la porte du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones. Les raisons sont multiples. Cependant, la plus plausible est le désir des États de préserver leur souveraineté sur les territoires et les ressources naturelles autochtones. En ce sens, le Principe peut sembler relever du mythe.

²⁸² *Projet de Déclaration des Nations unies*, supra note 10.

²⁸³ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Projet de Déclaration interaméricaine*, supra note 11.

²⁸⁴ *Politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des autochtones*, supra note 245.

Certains rétorqueront que, à court et moyen terme, les peuples autochtones disposent d'une stratégie qui est encourageante quant à sa capacité de contribuer à une reconnaissance du Principe par les États. En effet, à maintes reprises les peuples autochtones ont établi une relation entre le Principe et sa qualité de droit de l'homme²⁸⁵. Toutefois, sa reconnaissance présuppose leur droit à l'autodétermination qui remet en cause la souveraineté étatique. À cet égard, le juge Weeramantry de la CIJ n'a-t-il pas admis, au sujet des obligations découlant des droits de l'homme, que « nul n'a jamais ne serait-ce que suggéré qu'en droit international contemporain les obligations y relatives représentent une limitation de souveraineté »²⁸⁶?

Avant de procéder à une qualification hâtive du Principe comme droit de l'homme, il faudrait s'interroger plus amplement sur certaines alternatives qui seraient en mesure de suppléer à la subordination du Principe au droit à l'autodétermination des peuples autochtones au profit d'un ou de nouveaux paradigmes plus conformes à la réalité actuelle du droit international public. La réalité nous enseigne cependant que la mise en œuvre effective du Principe tel que conçu par la littérature majoritaire ne relève pas du mythe pur et simple, mais est loin d'avoir franchi le seuil même du probable. C'est pourquoi les États devraient mettre en place des législations nationales qui incorporent le Principe. Ce faisant, le Principe s'harmoniserait avec les spécificités de chaque État qui, dans ce contexte, serait libre de l'adapter en fonction de ses intérêts économiques et politiques, tout en gardant à l'esprit l'intérêt public qui est toujours interpellé lorsqu'on est une partie de la population qui dispose d'un droit de veto. En effet, pourquoi une partie de la population, généralement démographiquement minoritaire, aurait-elle le droit d'opposer un droit de veto à des projets d'envergure qui pourrait générer des retombées économiques énormes bénéficiant à l'ensemble des citoyens? Il n'incombe pas au droit international public de répondre à cette interrogation. Comme le rappelle Chamfort, il est plus facile de légaliser certaines choses que de les légitimer²⁸⁷. C'est donc aux États d'incorporer le Principe dans leur législation et de lui conférer une certaine légitimité. Au-delà de l'obstacle du droit à l'autodétermination des peuples autochtones, le Principe doit faire face à un autre obstacle, soit le principe bien reconnu, et identifié par Joseph Marie de Maistre²⁸⁸, selon lequel la loi juste n'est point celle qui a effet sur tous, mais celle qui est faite pour tous. C'est donc aux États de veiller à légaliser et légitimer le Principe de manière à ce que leurs citoyens le considèrent comme un accomplissement de la justice et non une atteinte à l'égalité de droit! Il s'agit certes d'un défi colossal, mais de loin plus facile à surmonter que la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones.

²⁸⁵ Voir notamment, « International Indigenous Forum on Biodiversity Closing Declaration », *Sixième conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique*, 7-19 avril 2002, au para. 4, en ligne : Climate Alliance <http://www.klimabuendnis.org/english/politics/4216_en.htm>.

²⁸⁶ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, Opinion individuelle du juge Weeramantry, [1996] C.I.J. rec. 640 à la p. 647.

²⁸⁷ Sébastien Chamfort, *Maximes et pensées*, Paris, G. Crès, 1922.

²⁸⁸ Joseph Marie de Maistre, *Les soirées de Saint-Petersbourg : ou, Entretiens sur le gouvernement temporel de la providence suivies de la traduction d'un traité de Plutarque sur les délats de la justice divine*, Paris, Maisnie, 1980.