

Le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : un phénix qui renaîtra de ses cendres

Alain Bissonnette

Volume 24, numéro 1, mars 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1057013ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1057013ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bissonnette, A. (1993). Le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : un phénix qui renaîtra de ses cendres. *Revue générale de droit*, 24(1), 5–25. <https://doi.org/10.7202/1057013ar>

Résumé de l'article

Dans cet article, l'auteur soutient qu'en dépit de l'échec de l'Accord de Charlottetown, le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones continuera d'être discuté, négocié et mis en oeuvre tant au plan interne qu'en vertu du droit international. Dans une première partie, il décrit les principales dispositions de l'Accord de Charlottetown et explique, en se servant des leçons de l'anthropologie juridique, les raisons de l'échec de cet accord notamment auprès d'une portion importante des personnes membres des peuples autochtones. Dans une seconde partie, il décrit l'état actuel du droit international à l'égard des revendications des peuples autochtones et attire l'attention sur le fait que les normes du droit international s'inscrivent dans une logique et une symbolique qui, du point de vue culturel, ne peuvent prétendre être véritablement universelles.

**Le droit à l'autonomie gouvernementale
des peuples autochtones :
un phénix qui renaîtra de ses cendres**

ALAIN BISSONNETTE

Titulaire, pendant l'année 1992,
de la Chaire Henderson des droits de la personne
Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne
Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Dans cet article, l'auteur soutient qu'en dépit de l'échec de l'Accord de Charlottetown, le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones continuera d'être discuté, négocié et mis en œuvre tant au plan interne qu'en vertu du droit international. Dans une première partie, il décrit les principales dispositions de l'Accord de Charlottetown et explique, en se servant des leçons de l'anthropologie juridique, les raisons de l'échec de cet accord notamment auprès d'une portion importante des personnes membres des peuples autochtones. Dans une seconde partie, il décrit l'état actuel du droit international à l'égard des revendications des peuples autochtones et attire l'attention sur le fait que les normes du droit international s'inscrivent dans une logique et une symbolique qui, du point de vue culturel, ne peuvent prétendre être véritablement universelles.

ABSTRACT

This article argues that despite the failure of the Charlottetown Accord, the right to self determination of Native Peoples will continue to be discussed, negotiated and implemented, under both domestic and international law. The first part of the article deals with the main provisions of the Charlottetown Accord and, in the light of legal anthropology, explains the reasons for its rejection, in particular by a significant number of Native Peoples. The second part describes the present state of international law with respect to the claims of Native Peoples; it underlines the fact that the norms of international law draw upon a logic and symbolism which, from the perspective of culture, are not truly universal.

SOMMAIRE

Introduction	6
I. L'échec de l'Accord de Charlottetown	6
A. Le contenu de l'Accord	7
B. Les raisons de son échec	10
II. L'autonomie gouvernementale des peuples autochtones à la lumière des droits de la personne et des peuples	16
A. Un état de la situation	17
B. L'incontournable diversité culturelle	20

INTRODUCTION

L'Accord de Charlottetown¹ est mort, vive le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones! Si elle prête à rire, cette formule paradoxale n'est pourtant pas une boutade. En fait, ce droit est peut-être déjà reconnu par la constitution canadienne — du moins implicitement —² et, de toute façon, il continuera d'être discuté, négocié et mis en pratique. Aussi y a-t-il intérêt pour nous de chercher à comprendre les raisons de l'échec de l'Accord de Charlottetown ainsi que de dégager les tendances actuelles du droit international à l'égard des droits autochtones.

I. L'ÉCHEC DE L'ACCORD DE CHARLOTTETOWN

Rejeté par la population canadienne, l'Accord de Charlottetown constituait un ensemble dont il était impossible d'isoler l'une des parties sans compromettre son équilibre global. Chose certaine, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones comptait pour l'une de ses dimensions fondamentales. Au Québec, un certain nombre de personnalités influentes ont dénoncé cet aspect de l'accord. L'éditorialiste du *Devoir*, notamment, a écrit qu'en reconnaissant ce droit, l'Accord de Charlottetown choisissait la voie du développement séparé. De cette notion de développement séparé, elle a même établi une analogie avec celle de l'apartheid, en s'appuyant sur l'argument voulant que les gouvernements autochtones soient fondés sur une base raciale³.

1. Afin d'analyser cet Accord qui a finalement été rejeté par la population canadienne, nous ferons référence à son texte juridique et aux articles qui, s'ils avaient été adoptés, auraient été incorporés soit dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Lire à cet égard B. SLATTERY, « First Nations and the Constitution: A Question of Trust », (1992) 71 *Revue du Barreau canadien* 261-293.

3. L. BISSONNETTE, « Le tabou de Charlottetown », *Le Devoir*, Montréal, 13 octobre 1992, p. A-10.

Replongeons-nous, pendant quelques instants, dans l'analyse de cet accord, afin de nous rappeler son contenu et de pouvoir ensuite mieux identifier les raisons de son échec.

A. LE CONTENU DE L'ACCORD

L'Accord de Charlottetown comportait plusieurs dispositions concernant directement ou indirectement les droits des peuples autochtones. Outre une reconnaissance formelle du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones et un engagement de négocier des ententes relatives à l'exercice de ce droit, l'accord comprenait des dispositions visant à protéger les droits et les traditions autochtones.

Si l'accord avait été adopté, un nouvel article 35.1(1) aurait été intégré à la *Loi constitutionnelle de 1982* :

Les peuples autochtones du Canada ont le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada.

Le terme « inhérent » était alors utilisé afin de qualifier le droit à l'autonomie gouvernementale. Ce droit était donc jugé comme appartenant essentiellement aux peuples autochtones, comme un attribut dont ils ne pouvaient être détachés. Cette qualification du droit se répercutait également dans la clause Canada où il était spécifié que toute interprétation de la constitution canadienne devait concorder avec diverses caractéristiques fondamentales, dont :

Le fait que les peuples autochtones du Canada, qui ont été les premiers gouvernants du territoire, ont le droit de promouvoir leurs langues, leurs cultures et leurs traditions et de veiller à l'intégrité de leurs sociétés, et le fait que leurs gouvernements forment un des trois ordres de gouvernement du pays.⁴

La reconnaissance du fait que les gouvernements autochtones constituent un des trois ordres de gouvernement au Canada était également inscrite dans une disposition qui aurait été incorporée à un nouvel article 35.1(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une telle disposition aurait très certainement permis d'éviter que les gouvernements autochtones ne soient assimilés à des municipalités, par exemple, ou à toute autre institution exerçant des pouvoirs délégués par le Parlement ou les législatures provinciales. Contrairement à ces gouvernements, ceux des peuples autochtones auraient pu prétendre, dans le cadre constitutionnel canadien, à une véritable forme de souveraineté⁵.

4. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 2(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Plusieurs analystes ont alors souligné qu'il existait des différences entre la version française et la version anglaise du texte juridique proposé. Alors que la version anglaise utilisait un participe présent et caractérisait les Autochtones comme étant les premiers peuples à gouverner ce territoire: « [...] the Aboriginal peoples of Canada, being the first peoples to govern this land [...] »; la version française utilisait plutôt le passé composé et omettait la référence au statut de peuples: « [...] les peuples autochtones du Canada, qui ont été les premiers gouvernants du territoire [...] ».

5. Il convient de souligner que le vocabulaire actuellement utilisé par les représentants politiques des peuples autochtones du Canada puise dans le droit américain où il est reconnu que les nations indiennes jouissent d'une souveraineté inhérente. Lire, entre autres, à cet égard C. F. WILKINSON, *American Indians, Time and the Law: Native Societies in a Modern Constitutional Democracy*, New Haven et London, Yale University Press, 1987.

L'Accord de Charlottetown ne précisait pas pourtant l'étendue de cette probable souveraineté des gouvernements autochtones. En effet, aucun partage des pouvoirs n'était clairement identifié entre les trois ordres de gouvernement au Canada en ce qui a trait spécifiquement à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Trois choses étaient prévues cependant. D'abord, aucune modification ultérieure relative au partage des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces n'aurait pu, par la suite, porter atteinte aux droits ou libertés des peuples autochtones⁶. Ensuite, un énoncé venait préciser le contexte dans lequel s'inscrirait l'exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale :

Il est prévu que l'exercice du droit visé au paragraphe (1) comporte notamment le pouvoir, pour les corps législatifs dûment constitués des peuples autochtones, chacun dans leur champ de compétence :

- a) de préserver et de développer leurs langues, leur culture, leur économie, leur identité, leurs institutions et leurs traditions,
 - b) de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement,
- afin que ces peuples puissent diriger et maîtriser leur développement en tant que tels, conformément à leurs valeurs et à leurs ordres de priorité, et assurer l'intégrité de leurs sociétés.⁷

Et, enfin, les corps législatifs des peuples autochtones auraient pu écarter les lois des autres gouvernements grâce à l'adoption de lois à cet effet dans le cadre de leur compétence propre⁸.

Les questions de savoir ce qu'est un corps législatif autochtone « dûment constitué » et jusqu'où s'étend exactement son « champ de compétence » n'étaient pas résolues par l'Accord de Charlottetown. On peut penser que chaque peuple autochtone aurait pu, en vertu de son droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, créer le corps législatif qui lui convient en respectant les procédures qui assurent l'expression de la volonté de ses membres. Quant à l'étendue de la compétence de ce corps législatif, sans doute était-elle fonction de la matière visée et des besoins spécifiques du groupe concerné, puisque la disposition constitutionnelle pertinente indiquait que ces peuples devaient pouvoir « diriger et maîtriser leur développement » et « assurer l'intégrité de leurs sociétés ».

Si, selon cette analyse de l'énoncé contextuel compris dans l'Accord de Charlottetown, il n'avait pas été absolument nécessaire que des ententes soient conclues avec les autres gouvernements afin d'identifier ces corps législatifs et afin de préciser leurs champs de compétence, il reste que cela aurait été très certainement utile, ne serait-ce qu'afin d'éviter des débats interminables devant les tribunaux. D'ailleurs, un engagement formel de négociier de bonne foi la mise en œuvre du droit à l'autonomie gouvernementale était compris dans cet accord :

- Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et les peuples autochtones du Canada [...] des diverses régions et collectivités du pays sont tenus de négocier de bonne foi la mise en œuvre du droit à l'autonomie gouvernementale — notamment les questions relatives
- a) à la compétence,

6. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 127 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

7. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 35.1(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

8. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 35.4(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

- b) aux terres et aux ressources
- c) ainsi qu'aux arrangements économiques et fiscaux —
en vue de conclure des accords précisant les rapports entre les gouvernements de ces peuples et le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ou territoriaux.⁹

Grâce à cette disposition constitutionnelle, les peuples autochtones auraient été assurés de pouvoir inclure à l'ordre du jour de leurs négociations tous les sujets qui relèvent fondamentalement de la notion d'autonomie gouvernementale : compétence législative, terres et ressources, arrangements économiques et fiscaux. Il était également prévu dans l'Accord de Charlottetown que ces négociations ne pouvaient être amorcées que par les représentants ou les gouvernements des peuples autochtones concernés¹⁰. Aucune communauté autochtone n'aurait donc pu être obligée de s'engager dans un tel processus de négociations. Le délai de cinq ans prévu avant qu'on ne puisse invoquer devant les tribunaux le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale avait certainement pour fonction d'inciter les parties à s'engager, pendant ce délai, dans de telles négociations¹¹. Même passé ce délai, tout tribunal saisi au cours d'une instance d'une question relative à la portée du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ou à la revendication de ce droit aurait dû s'enquérir des efforts déployés par les parties afin de résoudre la question. Il aurait pu, en outre, « ordonner aux parties de prendre les mesures indiquées dans les circonstances pour arriver à une solution négociée »¹².

L'Accord de Charlottetown prévoyait également que le résultat de ces négociations pouvait donner lieu à la création de droits issus de traités :

Les droits des peuples autochtones énoncés dans un accord négocié en application du présent article sont des droits issus de traités au sens du paragraphe 35(1) dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) l'accord est intégré soit à un traité ou à un accord de revendications territoriales, soit à une modification d'un tel traité, y compris d'un tel accord;
- b) l'accord comporte une déclaration selon laquelle les droits des peuples autochtones qui y sont énoncés sont issus de traités.¹³

Cette volonté de pouvoir ainsi considérer les droits liés à l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale comme étant des droits issus de traités s'explique évidemment par l'histoire des relations établies entre les peuples autochtones et les représentants de la Couronne au Canada. Mais aussi par le statut constitutionnel accordé à ces droits au moins depuis 1982. Soulignons, enfin, que plusieurs dispositions comprises dans l'Accord de Charlottetown avaient également pour objectif précis de protéger ces droits¹⁴.

Voici en résumé ce qui constitue, à notre avis, l'essentiel des dispositions relatives au droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones

9. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 35.2(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

10. Cela était prévu à ce qui serait devenu le nouvel article 35.2(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

11. La disposition correspondante aurait été incorporée au nouvel article 35.3(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

12. Et ce, selon ce qui serait devenu le nouvel article 35.1(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

13. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 35.2(6) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

comprises dans l'Accord de Charlottetown. Essayons maintenant d'identifier les raisons pour lesquelles non seulement l'électorat canadien dans son ensemble, mais également une bonne partie des personnes se définissant comme étant des membres des peuples autochtones se sont, elles aussi, finalement prononcées contre l'adoption de cet accord.

B. LES RAISONS DE SON ÉCHEC

Nous proposons deux hypothèses permettant d'expliquer le rejet de l'Accord de Charlottetown par une bonne proportion de la population autochtone. La première s'appuie sur le fait que les peuples autochtones déclarent référer à leurs propres conceptions juridiques lorsqu'ils cherchent à voir leurs droits reconnus par l'État canadien. La seconde se fonde sur la proposition que plusieurs personnes d'origine autochtone craignent de voir leurs droits individuels bafoués par d'éventuels gouvernements autochtones autonomes. Ces deux hypothèses, contradictoires en apparence, peuvent être vérifiées, l'une et l'autre, dans des groupes distincts au sein de la population autochtone.

En ce qui concerne les conceptions juridiques propres aux peuples autochtones, ou du moins celles qui se distinguent du discours juridique occidental, constatons simplement qu'en nous situant dans l'histoire universelle, il est clair que les formes d'organisation politique et judiciaire ont été et sont encore des plus multiples. Bien que la forme d'organisation du pouvoir politique et judiciaire se soit largement répandue à travers le monde, il est certainement permis d'affirmer que la façon d'utiliser ces structures étatiques varie considérablement selon la philosophie fondamentale et selon les objectifs spécifiques des acteurs qui utilisent ces structures. Pour ne citer ici que deux exemples, il est clair que l'organisation étatique du pouvoir n'est pas exactement la même en régime communiste ou lorsqu'elle est investie par un groupe privilégiant la religion musulmane comme interprétation générale du monde. Par ailleurs, même à l'intérieur des différents États, les observateurs constatent que plusieurs groupes semi-autonomes utilisent, pour leurs propres fins, des institutions ou des mécanismes qui assurent, en leur sein et dans leurs rapports avec la société globale, l'exercice du pouvoir politique et judiciaire.

Cette constatation nous amène à réfléchir à la manière d'interpréter cette diversité. En fait, l'interprétation de la diversité et de la différence est elle-même multiple. Pour notre part, nous n'évoquerons ici qu'une approche possible parmi d'autres : une approche qui a été élaborée, depuis une vingtaine d'années, par les chercheurs gravitant autour du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris. Pour ces chercheurs, le droit ne doit pas être abordé en tant que concept,

14. Parmi les diverses dispositions comprises dans l'Accord de Charlottetown afin de protéger les droits ancestraux et issus de traités de tout effet découlant des nouvelles dispositions constitutionnelles, on peut identifier les nouveaux articles 2(3) et 2(4) et le nouvel article 127 qui auraient été incorporés à la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que le nouvel article 25 et les nouveaux articles 35.1(5), 35.2(7), 35.8 et 45.1 qui auraient été incorporés à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

mais comme un phénomène¹⁵. Ainsi, plutôt que de chercher à définir ce qu'est le droit, il devient nécessaire d'étudier, au sein des diverses sociétés, les phénomènes de juridicisation. Selon cette approche, l'ethnographie, l'ethnologie et l'anthropologie juridiques constituent chacune autant d'étapes dans le processus d'étude des phénomènes de juridicisation. L'ethnographie consiste, pour sa part, en la collection et la description des données qualifiées de juridiques au sein d'une société et ce, au triple niveau des discours, des pratiques et des représentations. L'ethnologie juridique, quant à elle, repose sur l'interprétation des articulations unissant discours, pratiques et représentations et sur l'interprétation des articulations unissant l'ensemble de ces trois niveaux au fonctionnement général de la même société. Enfin, l'anthropologie juridique consiste en une démarche ultime où l'on tente de découvrir les structures générales de la culture humaine dans ses rapports avec les phénomènes de juridicisation.

Ces anthropologues du droit privilégient donc le droit comme phénomène de juridicisation plutôt que de chercher à le définir comme concept. Pour eux, le droit est moins un type particulier de relations sociales qu'une qualification spécifique que chaque société choisit de donner à certaines relations sociales. Autrement dit, si les faits juridiques sont des faits sociaux, tout fait social n'est pas juridique. Le fait social ne devient juridique que suite à un contrôle social spécifique ayant pour fonction d'assurer cohésion et perpétuation du groupe en cause. Selon cette perspective, le droit n'est pas un ensemble de règles spécifiques, mais il constitue plutôt un processus internormatif :

$$\text{faits sociaux} \times \frac{\text{contrôle social}}{\text{reproduction du groupe}} = \text{faits juridiques}$$

Évidemment, au sein d'une même société, les faits sociaux pourront varier dans le temps. De même, le type de contrôle social pourra, lui aussi, varier de même que ce que ce groupe semi-autonome considérera comme étant essentiel à sa cohésion et à sa perpétuation. En conséquence, il est clair que les faits qu'il considérera juridiques varieront aussi.

De plus, les logiques fondatrices des diverses sociétés varient aussi énormément. Au risque d'être caricatural, il est permis de suggérer une typologie. Certaines sociétés repoussent la division sociale et ont une logique globalisante où les divers caractères de la vie sociale se fondent dans un ensemble cohérent (*cf.* sociétés de chasseurs-cueilleurs où il n'existe aucune spécialisation du pouvoir et où l'interprétation du monde se fonde, bien souvent, sur la mythologie du groupe). Certaines sociétés, par ailleurs, reconnaissent la division sociale, mais assurent leur unité en octroyant aux différences un caractère de complémentarité nécessaire. Enfin, d'autres sociétés, où existent des dissemblances marquées et une division sociale poussée, se définissent pourtant comme étant égalitaires et unitaires (dans ces sociétés, c'est bien souvent l'État qui incarne l'unité — malgré les disparités

15. Nous nous inspirons ici directement des pages consacrées à ce sujet dans l'ouvrage de synthèse de N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, pp. 121-151. Lire également LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS, *Recherches-Publications 1977-1982*, document de 83 pages disponible au Laboratoire, et N. ROULAND, *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1991.

— et assure l'égalité — dans certains domaines — malgré la division sociale qui y règne)¹⁶.

Encore une fois, de ces logiques fondatrices découlera une très grande variabilité dans les phénomènes de juridicisation, puisque face à un changement, disons identique, qu'il soit d'ordre technique, politique ou philosophique, selon sa logique fondatrice propre, chaque société utilisera un type de contrôle social particulier et définira différemment ce qui est essentiel à sa cohésion et à sa perpétuation. Par conséquent, encore une fois, les faits sociaux qui seront juridicisés pourront être fort différents. En outre, à la pluralité des logiques fondatrices se conjuguent des rationalités liées à la vision particulière que chaque société a d'elle-même et du monde.

Nous avons donc maintenant à l'esprit quelques concepts fondamentaux : phénomènes d'internormativité; logiques fondatrices variables; rationalités également variables. Voyons maintenant les niveaux d'observation privilégiés par les chercheurs gravitant autour du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris. Il y en a trois : les discours, les pratiques et les représentations. Les discours ou énoncés explicites, écrits ou oraux : les lois, codes, coutumes, allocutions, jugements, adages, etc. En général, en Occident, les juristes limitent leur analyse à ces discours, de préférence, écrits. Les pratiques ou actes posés par les individus et groupes : bien souvent, des normes du discours juridique à la pratique, il existe un écart. Il faut donc tenir compte non seulement du discours, mais également des pratiques. Et parfois, ce sont les pratiques qui prédéterminent le discours, d'où encore une fois leur importance. Les représentations ou croyances et constructions symboliques donnent leur sens aux actes et aux discours auxquels les associent ceux qui les accomplissent ou les invoquent. À noter que ces représentations sont en général plurielles au sein des sociétés et qu'entre les diverses représentations se glissent des enjeux liés à ce qui devrait ou ne devrait pas être juridicisé par la société concernée.

Nous avons donc maintenant à l'esprit des concepts fondamentaux et quelques conseils méthodologiques permettant de mieux observer la réalité. Voyons maintenant quelques catégories de systèmes juridiques analysées dans une perspective dynamiste et élaborées à partir du contexte particulier de l'Afrique contemporaine, contexte qui a été marqué à la fois par un phénomène de colonisation et de décolonisation.

Étienne LeRoy et Mamadou Wane nous proposent la typologie suivante¹⁷ :

a) Un système marqué par les droits traditionnels, ceux pratiqués par les populations autochtones avant l'arrivée des Européens et s'inspirant de leur vision propre. Avec l'arrivée du colonisateur, on assiste à des transformations économiques, à des migrations de certaines couches de la population et à des conver-

16. Une importante remarque d'ordre méthodologique s'impose ici : « Dès que les valeurs fondatrices divergent [...] ou s'opposent [...], l'observateur doit se situer simultanément dans plusieurs topoi (i.e. les lieux des diverses visions du monde) ayant chacun sa propre logique et cet observateur doit exprimer ce qu'ils ont en commun dans une langue de communication ayant sa propre logique mais sans détruire la logique de chaque droit en particulier ». É. LEROY, « Juristique et anthropologie : un pari sur l'avenir », (1990) 29 *Journal of Legal Pluralism* 5-21, p. 11.

17. É. LEROY et M. WANE, « La formation des droits non-étatiques », dans *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, Dakar, Nouvelles Éditions africaines, 1982, pp. 353-391.

sions religieuses et culturelles, ce qui entraîne, peu à peu, une neutralisation de ce système.

- b) Un système marqué par les droits coutumiers, qui apparaît avec la période de l'administration coloniale et où l'on procède à la rédaction des coutumes ou à leur utilisation dans le cadre d'un système étranger, ce qui entraîne une dénaturation des droits traditionnels, la marginalisation du pouvoir autochtone. Il faut remarquer que c'est souvent l'administrateur colonial lui-même qui interprète les coutumes autochtones et que l'on introduit, au sein même des pratiques autochtones, de nouveaux modes de prise de décision et de nouveaux mécanismes de contrôle social. Par conséquent, cette période coïncide souvent avec une absorption de plus en plus grande des droits traditionnels par un système étranger.
- c) Un système marqué par les droits locaux, soit « un système juridique apparaissant avec le développement de l'influence de l'État et de son appareil administratif, et dont les modes de formation et de légitimation sont, pour l'essentiel, déterminés par l'État, alors que ses modes de fonctionnement sont laissés plus ou moins à l'appréciation des autorités locales, dans la perspective d'une véritable décentralisation administrative »¹⁸. Ce système est d'inspiration étatique, mais il est caractérisé par la possibilité de réinterprétation des catégories juridiques étrangères à la lumière des conceptions juridiques autochtones. Les droits locaux sont donc des droits de nature ambiguë, parce que les dominés interviennent directement pour adapter ce système à leurs besoins, mais que les dominants continuent, par ce même système, à maintenir ou à augmenter leur emprise sur la société autochtone.
- d) Un système marqué par les droits populaires, où des droits se forment en dehors des instances étatiques. Il faut noter qu'il ne s'agit généralement plus de droits traditionnels, mais plutôt d'une création nouvelle où les droits traditionnels sont réinterprétés dans un contexte complètement transformé.

Évidemment, il ne s'agit ici que d'une typologie ayant comme fonction principale d'aider à réfléchir et à mieux comprendre la réalité sociale. À cet égard, l'ambition des anthropologues du droit les oblige, selon Étienne LeRoy, à approcher leur objet d'étude comme un archéologue le site de Troie : par la stratigraphie : « Derrière l'horizon superficiel se cachent éventuellement plusieurs horizons profonds. À nous d'expliquer les rapports entre ces horizons dans des sites différents et les raisons de leur accumulation¹⁹. » En outre, les anthropologues du droit doivent « associer la rigueur du savant à la vision propre à chacun des acteurs sociaux »²⁰.

Mais en quoi cette façon d'aborder le phénomène juridique peut-elle nous permettre d'identifier les raisons de l'échec de l'Accord de Charlottetown? Cette approche permet, à tout le moins, de comprendre, entre autres, que les mécanismes de reconnaissance et de mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones ne se réduisent pas aux seules formulations qu'ont pu en donner les représentants politiques à l'œuvre lors des négociations de cet accord. En fait, il est permis de proposer que ces représentants cherchaient à créer,

18. Selon la formulation d'É. LEROY citée dans N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, note 15, p. 365.

19. É. LEROY, *loc. cit.*, note 16, p. 16.

20. *Id.*, p. 18.

au sein du droit constitutionnel canadien, un nouveau régime juridique d'inspiration étatique caractérisé par la possibilité de réinterpréter les catégories juridiques dominantes à la lumière des conceptions juridiques autochtones. Certes l'effort était louable, mais comme nous l'indique la typologie de LeRoy et Wane, ce genre de régime demeure paradoxal dans la mesure où les autochtones peuvent y adapter le système juridique dominant sans pour autant se soustraire à son emprise, notamment, dans les cas où les valeurs fondamentales de la société canadienne sont en cause. Rappelons, à titre d'exemple, que l'Accord de Charlottetown permettait aux gouvernements fédéral et provinciaux de contester les lois des peuples autochtones et tout exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale considérés par eux comme étant incompatibles avec les lois fédérales ou provinciales essentielles à la préservation de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement au Canada :

Ni les lois autochtones, ni, d'une façon générale, l'exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en application de l'article 35.1 ne peuvent être incompatibles avec les lois fédérales ou provinciales essentielles au maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement au Canada.²¹

Cette approche permet également de comprendre qu'au sein des populations autochtones, divers acteurs peuvent invoquer des logiques différentes. L'exemple le plus simple est, bien sûr, celui des Mohawks qui ne cessent d'affirmer leurs droits souverains sans chercher à obtenir de la part de l'État canadien une reconnaissance formelle. S'ils ne peuvent sans doute plus prétendre aujourd'hui à la persistance chez eux de leurs droits traditionnels au sens où ils existaient avant l'arrivée des Européens, il reste qu'une importante proportion des membres des peuples autochtones du Canada rejettent l'approche préconisée par les artisans de l'Accord de Charlottetown et qu'il s'est établi entre eux une compétition ayant pour enjeu le choix d'un type particulier de relation entre l'appareil d'État et le pouvoir local.

Enfin, il existe aussi des divergences importantes entre les personnes qui acceptent le modèle d'un régime d'inspiration étatique permettant une adaptation locale. Entre ces personnes, l'enjeu est double : l'obtention d'une position d'autorité intermédiaire entre l'appareil d'État et le pouvoir local mais aussi la possibilité de recourir aux droits et libertés de la personne face à l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale, notamment, lorsque ceux qui maîtrisent cet exercice invoquent les traditions de leur peuple. On l'aura compris, les débats concernant l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones illustrent cette opposition entre des personnes qui, fondamentalement, sont d'accord pour qu'une adaptation locale soit apportée au régime constitutionnel canadien, mais qui ne s'entendent pas sur l'exacte mesure d'adaptation à adopter.

Ce qui serait devenu le nouvel article 32(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipulait que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux gouvernements des peuples autochtones du Canada :

La présente charte s'applique : [...] à tous les corps législatifs et gouvernements des peuples autochtones du Canada, pour tous les domaines relevant de leurs corps législatifs respectifs.

21. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 35.4(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans l'Accord de Charlottetown, on retrouvait également une série de dispositions visant à protéger les peuples autochtones. Par exemple, on y retrouvait une clause de protection à l'encontre de la liberté de circulation et d'établissement comprise aux articles 6(2) et 6(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À cet égard, ce qui serait devenu le nouvel article 35.5(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipulait :

Les paragraphes 6(2) et 6(3) de la Charte canadienne des droits et libertés n'ont pas pour effet d'interdire aux corps législatifs ou aux gouvernements des peuples autochtones du Canada d'adopter, dans l'exercice des pouvoirs que leur confère la présente partie, des mesures de promotion sociale destinées soit à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés socialement ou économiquement, soit à protéger et à faire progresser les langues et les cultures autochtones.

Une clause générale de non-dérogation était également comprise à ce qui serait devenu le nouvel article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle assurait que les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ne pouvaient porter atteinte aux droits ancestraux issus de traités ou autres, des peuples autochtones, ni à leurs droits ou libertés « relatifs à la pratique ou à la protection de leurs langues, de leurs cultures ou de leurs traditions ». De l'avis de plusieurs analystes, cette disposition était compatible avec la garantie d'égalité des droits entre les personnes des deux sexes. Cette garantie d'égalité des droits pour les personnes d'origine autochtone des deux sexes a été inscrite dans la constitution canadienne en 1983, alors que l'article 35(4) a été ajouté à la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet article stipule :

Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Avec l'Accord de Charlottetown, cette garantie constitutionnelle d'égalité des droits pour les personnes des deux sexes serait demeurée en vigueur et aurait continué de s'appliquer à l'ensemble de la *Loi constitutionnelle de 1982*, y compris aux droits inclus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le texte juridique de l'Accord de Charlottetown clarifiait cette affirmation en inscrivant cette règle dans une nouvelle disposition qui se lisait comme suit :

Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits des peuples autochtones du Canada visés à la présente partie sont garantis également aux personnes des deux sexes.²²

Ainsi, selon l'Accord de Charlottetown, tous les droits ancestraux et issus de traités, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, auraient été assujettis à la garantie d'égalité des droits pour les personnes des deux sexes. Par ailleurs, les gouvernements autochtones auraient pu utiliser la clause dérogatoire²³ et ainsi déclarer dans une de leurs lois que celle-ci ou que l'une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette disposition n'aurait cependant pas pu être utilisée de manière à violer la garantie d'égalité des droits entre les personnes des deux sexes.

L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux gouvernements autochtones était, en outre, assujettie à la clause Canada et, notam-

22. Ce qui aurait été incorporé au nouvel article 35.7 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

23. Ce qui serait devenu le nouvel article 33.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

ment, au fait que les peuples autochtones du Canada avaient, selon cette disposition, le droit de promouvoir leurs langues, leurs cultures et leurs traditions. Afin d'assurer la protection de leur identité et de promouvoir leur développement culturel, il aurait sans doute fallu que les peuples autochtones considèrent, dans chaque cas d'espèce, à la fois leur droit de promouvoir leurs cultures et leurs traditions et la garantie d'égalité des droits entre les personnes des deux sexes.

Enfin, bien que les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* relatives au droit de voter et d'être élu aux élections législatives ne s'appliquaient pas aux corps législatifs des peuples autochtones, il n'aurait sans doute pas été possible pour eux d'interdire aux femmes de voter lors d'une élection alors que les hommes auraient pu le faire. Agir ainsi aurait, en effet, constitué une atteinte à la garantie d'égalité des droits entre les personnes des deux sexes, consacrée tant à l'article 35.7 qu'à l'article 28 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Plusieurs représentantes des femmes autochtones ont rejeté l'Accord de Charlottetown, parce qu'à leur avis, il aurait permis de violer les droits de la personne. Plusieurs représentants des associations autochtones ont rejeté l'Accord de Charlottetown, parce qu'à leur avis, il aurait permis de violer leur droit à l'autonomie gouvernementale. Entre ces deux pôles, le compromis, pourtant inscrit dans l'Accord lui-même, n'a pas réussi à rallier suffisamment de personnes.

Nous avons donc proposé deux hypothèses permettant de mieux comprendre les raisons de l'échec de l'Accord de Charlottetown. Sans doute en existe-t-il d'autres tout aussi importantes à vérifier. Les débats constitutionnels étant suspendus pour un moment au Canada, il ne faut cependant pas croire que toute discussion relative au droit à l'autonomie gouvernementale est dorénavant interdite. D'une part, il est absolument certain que les peuples autochtones chercheront à mettre en œuvre ce droit, en utilisant diverses stratégies conformes à leurs orientations particulières. D'autre part, 1993 ayant été déclarée par l'Organisation des Nations unies l'Année internationale des peuples autochtones, nous devons être persuadés que les échanges à cet égard se poursuivront avec encore plus de passion. Aussi avons-nous tout intérêt à connaître les tendances actuelles du droit international à ce sujet.

II. L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DES PEUPLES AUTOCHTONES À LA LUMIÈRE DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES PEUPLES

Dans cette deuxième partie, nous tenterons, d'abord, de caractériser cette notion de l'autonomie des peuples autochtones par rapport au domaine général des droits de la personne et des peuples et, ensuite, d'identifier les limites de ces droits lorsqu'ils sont placés dans un contexte de diversité culturelle²⁴.

24. Les analyses qui ont permis de rédiger cette deuxième partie ont été originellement réalisées pour le compte de la Commission royale sur les peuples autochtones à qui nous avons remis, en juin 1992, une étude intitulée *Les droits des peuples autochtones : d'hier à demain*. Que notre reconnaissance soit exprimée à la Commission pour nous avoir permis d'utiliser ces analyses ici.

A. UN ÉTAT DE LA SITUATION

Comment conçoit-on la notion de l'autonomie des peuples autochtones lorsque l'on prend, comme référence, les droits de la personne et des peuples? Afin de répondre à cette question, nous puiserons à deux sources. La première est d'ordre théorique et est constituée d'articles rédigés par d'éminents internationalistes. La seconde est d'ordre normatif : il s'agit, en fait, de la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux* adoptée par l'Organisation internationale du Travail, en 1989²⁵.

Discutant du rapport entre les droits des minorités, les droits des peuples et les droits de la personne, le professeur Ian Brownlie²⁶ nous informe que les droits des minorités et des peuples s'inscrivent au sein des droits de la personne et que, si ceux-ci ont longtemps été orientés vers les seuls droits individuels, on s'est aperçu avec le temps que le respect des droits individuels n'assure pas une protection suffisante des droits des groupes. En conséquence, on s'est mis à discuter des droits de ces groupes, qu'ils soient minorités ou peuples, et, selon Brownlie, on en est venu à accepter l'idée voulant que toute communauté porteuse d'un caractère distinct ait le droit de voir ce caractère reflété dans les institutions qui la régissent. En outre, toujours selon ce même auteur, il est aujourd'hui permis à un peuple d'exercer son droit à l'autodétermination, sans qu'il ne soit nécessaire pour lui de créer un nouvel État, mais tout simplement en profitant d'un modèle d'autonomie gouvernementale qui lui apparaisse satisfaisant.

Lorsque l'on cherche à appliquer ces idées à la situation particulière des peuples autochtones, une des questions qui se posent est la suivante : est-ce que la mise en œuvre de leur autonomie, notamment grâce à la création ou grâce à la reconnaissance de gouvernements qui leur soient propres, ne constituera pas de la discrimination? La question est fondamentale, puisque les droits de la personne privilégient le droit à l'égalité, et ce, non seulement entre les peuples mais également entre les personnes. Or, au sein d'un État particulier, reconnaître l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones ou créer des mécanismes favorisant cette autonomie, n'est-ce pas distinguer entre deux catégories de citoyens en se fondant sur le critère de la race? Ou n'est-ce pas, à tout le moins, permettre une inégalité de traitement entre les membres des peuples autochtones et les autres citoyens?

Selon le professeur Brownlie, le droit international des droits de la personne et des peuples permet de protéger l'identité culturelle d'un groupe sans que les mesures utilisées ne soient discriminatoires. À son avis, se fonder sur l'histoire et la culture des peuples autochtones, se baser sur le fait que ces peuples ont utilisé et occupé, selon leurs propres traditions, un territoire défini et qu'ils s'y soient gouvernés à leur manière, ce n'est pas se fonder sur un critère racial. Et il ajoute même que, à supposer que l'on s'appuie sur un tel critère, la mesure considérée ne

25. Cette convention, désignée généralement Convention # 169 a été adoptée avec la collaboration de l'ONU, de la FAO, de l'OMS, de l'Institut indigéniste interaméricain et celle de l'UNESCO. Comme le prévoit son article 38, elle est entrée en vigueur en 1991, un an après que deux membres de l'OIT l'aient ratifiée : il s'agit en l'occurrence de la Norvège (le 19 juin 1990) et du Mexique (le 15 septembre 1990). Deux autres États l'ont aussi ratifiée depuis : la Colombie (le 7 août 1991) et la Bolivie (le 11 décembre 1991).

26. Les idées du professeur I. BROWNLIE qui sont utilisées ici sont tirées de son article « The Rights of Peoples in Modern International Law », dans J. CRAWFORD (éd.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 1-16. (Monsieur Brownlie est professeur de droit international public à l'Université d'Oxford.)

pourra être jugée discriminatoire si elle est liée à des faits objectifs, si elle vise un objectif raisonnable et si elle porte le moins possible atteinte aux droits des autres citoyens. En ce qui concerne les peuples autochtones, ces faits objectifs sont l'existence de leur autonomie et de leur présence sur le territoire aujourd'hui sous juridiction étatique; un objectif raisonnable peut certainement être de leur accorder une protection adéquate face au danger de leur assimilation, ainsi que de leur permettre d'atteindre une meilleure égalité avec les autres citoyens, alors que, jusqu'à présent, ces populations n'ont guère été représentées au sein de l'État; enfin, la façon d'en arriver à porter le moins possible atteinte aux droits des autres citoyens consiste, sans doute, à favoriser des négociations permettant de tenir compte des intérêts de chacun et de trouver des compromis justes et équitables pour tous.

En tenant pour acquis qu'il est possible d'adopter des mesures favorisant l'autonomie des peuples autochtones sans pour autant que ces mesures ne soient jugées discriminatoires, voyons maintenant quelles pourraient en être les caractéristiques.

Selon le professeur Richard Falk²⁷, ces mesures devraient permettre aux peuples autochtones de protéger et de contrôler leur vie collective; de créer des réseaux de solidarité, y compris sur la scène internationale; de promouvoir les droits de la personne et des peuples en référence directe à leur situation particulière. Ces mesures devraient également permettre aux peuples autochtones de présenter leurs plaintes et leurs revendications devant des forums internationaux; de protéger leur rapport particulier au territoire; d'obtenir, en guise d'indemnisation, de nouvelles terres ou de nouvelles ressources ainsi que des moyens particuliers afin de favoriser leur développement économique, social et culturel. Et, enfin, ces mesures devraient prévoir des mécanismes capables de résoudre les conflits pouvant naître de la confrontation entre les identités et les droits des divers groupes sous la juridiction de l'État concerné. Toutes ces mesures, toujours selon le professeur Falk, devraient être mises en œuvre avec la participation des principaux intéressés.

À notre avis, la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux* a très certainement créé un régime juridique spécifique aux peuples autochtones qui répond largement aux vœux exprimés par cet auteur, tout en respectant les conditions permettant à ce régime de ne pas être jugé discriminatoire.

Voyons d'abord en quoi elle répond aux vœux du professeur Falk : d'abord, elle accorde aux peuples intéressés le droit « d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre »; celui « de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement » dès qu'il a des incidences sur leur mode de vie; et celui de « participer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement » susceptibles de les toucher directement²⁸. Elle accorde également aux peuples indigènes et tribaux « le droit de conserver leurs coutumes et institutions » dans la mesure cependant où « elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international »²⁹. Ensuite, elle

27. Les idées du professeur R. FALK qui sont utilisées ici sont tirées de son article « The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples) », dans J. CRAWFORD (éd.), *id.*, pp. 17-37. (Monsieur Falk est professeur de droit international public à l'Université de Princeton.)

28. Cf. article 7 alinéa 1 de la Convention.

29. Cf. article 8 alinéa 2 de la Convention.

oblige les États à faciliter les contacts et la coopération entre les peuples indigènes et tribaux³⁰. Elle a, en outre, comme objet principal de permettre à ces peuples de « jouir pleinement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans entrave ni discrimination »³¹, et ce, grâce à deux types de mesures. D'une part, grâce à des mesures d'accès à l'égalité assurant à ces peuples de bénéficier « sur un pied d'égalité, des droits et possibilités que la législation nationale accorde aux autres membres de la population »³² et, d'autre part, grâce à des mesures spéciales adoptées au besoin afin « de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés »³³.

Les États qui ratifieront cette convention auront évidemment à rendre compte de leur façon de la mettre en œuvre³⁴. Ils devront également tenir compte du rapport particulier qui lie ces peuples à leurs territoires; leur accorder des droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent³⁵ et leur accorder le droit de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation des ressources naturelles comprises dans leurs terres³⁶. Ces États devront aussi créer des procédures adéquates au sein du système juridique national afin de pouvoir trancher les revendications relatives aux terres de ces peuples³⁷. Ils auront en outre à favoriser « la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples » tout en respectant leur identité propre³⁸. Et, enfin, il incombera aux États qui auront ratifié cette convention « de développer, avec la participation des peuples intéressés, une action coordonnée et systématique en vue de protéger les droits de ces peuples et de garantir le respect de leur intégrité »³⁹.

Sans doute que l'énumération aura pu sembler assez longue, mais elle aura permis de démontrer que toutes et chacune des caractéristiques suggérées par le professeur Falk se retrouvent bel et bien dans ce régime juridique spécifique aux peuples autochtones.

Voyons maintenant pourquoi les mesures permises par cette Convention # 169 de l'O.I.T. ne risquent guère d'être jugées discriminatoires : d'abord, la définition même des peuples intéressés ne réfère à aucun critère racial : elle s'appuie plutôt sur leur caractère historique particulier, caractère qui se reflète assez

30. Cf. article 32 de la Convention.

31. Cf. article 3 de la Convention.

32. Cf. article 2 alinéa 2 de la Convention.

33. Cf. article 4 alinéa 1 de la Convention.

34. Cf. article 22 de la Constitution de l'O.I.T.

35. Cf. article 14 alinéa 1 de la Convention.

36. Cf. article 15 alinéa 1 de la Convention.

37. Cf. article 14 alinéa 3 de la Convention.

38. Cf. article 2 alinéa 2 b) de la Convention.

39. Cf. article 2 alinéa 1 de la Convention. Il convient de souligner ici que la Convention # 169 ne doit pas être interprétée comme empêchant les peuples intéressés de profiter de droits ou avantages découlant d'autres instruments juridiques, qu'ils soient nationaux ou internationaux (art. 35). Autrement dit, on doit surtout la considérer comme une charte minimale. Sur les avantages et les désavantages pour les peuples autochtones à utiliser cette convention, divers commentaires ont déjà été publiés, entre autres, ceux de R.L. BARSH, « An advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples », (1990) 15 *Oklahoma City University Law Review* 209; N. LERNER, « The 1989 ILO Convention on Indigenous Populations: New Standards? », [1990] *Israel Yearbook on Human Rights* 223-241; N. LERNER, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht Nijhoff Publishers, 1991, pp. 105-110 et R. STAVENTHAGEN, *The Ethnic Question: Conflicts, Development and Human Rights*, Tokyo, United Nations University Press, 1990, pp. 93-119.

souvent dans leur statut juridique au sein des États, et elle s'appuie également sur leurs conditions sociales, culturelles et économiques propres⁴⁰. Ensuite, elle vise explicitement un objectif raisonnable, soit celui d'assurer la pleine égalité des membres de ces peuples au sein des États où ils ne sont que très inadéquatement représentés, et ce, tout en veillant à contrer leur assimilation culturelle. Enfin, cette Convention # 169 stipule expressément que « la nature et la portée des mesures à prendre » afin de lui donner effet « doivent être déterminées avec souplesse, compte tenu des conditions particulières à chaque pays »⁴¹.

On peut évidemment penser que cette dernière disposition vise surtout à accorder aux États une marge de manœuvre suffisamment grande pour les inciter tout simplement à y adhérer. Mais on peut également y déceler le souci, sinon la volonté, de permettre aux États d'adopter des mesures qui favoriseront réellement les peuples indigènes et tribaux, tout en portant le moins possible atteinte aux droits des autres citoyens. Quoi qu'il en soit, la logique générale de cette convention prend racine dans le domaine des droits de la personne et des libertés fondamentales et les mécanismes qui y sont prévus, afin d'assurer la protection des peuples indigènes et tribaux, sont souvent d'ordre juridique. Ainsi, ce sont les juges du système juridique national qui trancheront les éventuels conflits les plus importants et on peut prévoir, sans risque de se tromper, que ces juges tiendront consciencieusement compte des droits des peuples intéressés et de ceux des autres citoyens.

À notre avis, loin de favoriser une discrimination condamnable, la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux* adoptée par l'O.I.T. constitue, au contraire, une réalisation de ce que l'on appelle parfois la nouvelle conception des droits de la personne et des peuples. Ne vise-t-elle pas, en effet, à protéger des individus et des groupes, non seulement par le biais de lois applicables à tous, mais en permettant également d'échapper à l'uniformité lorsque cela s'avère nécessaire? Cet objectif et ces moyens de l'atteindre s'inscrivent, à notre avis, dans le domaine de l'accès à l'égalité et se fondent essentiellement sur la reconnaissance d'une donnée humaine fondamentale : la diversité culturelle.

Dans le domaine général des droits de la personne et des peuples, cette Convention # 169 constitue certainement une belle réalisation. Cependant, il ne faut pas pavoiser trop longtemps car, à vrai dire, si on la juge justement à l'aune de la diversité culturelle, cette réalisation louable n'en comporte pas moins des limites certaines.

B. L'INCONTOURNABLE DIVERSITÉ CULTURELLE

Nous souhaitons maintenant rapidement esquisser ce qui explique, à notre avis, l'existence des limites liées à l'utilisation de la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*. D'abord, en situant le domaine des droits de la personne et des peuples par rapport à d'autres logiques juridiques et, ensuite, en identifiant quelques-uns des enjeux inscrits dans la problématique abordée par la Convention # 169.

Cherchant ici à situer les droits de la personne et des peuples par rapport à d'autres logiques juridiques, il nous suffit de rappeler les dimensions historiques et culturelles de cette conception particulière des rapports devant être établis entre

40. Cf. article 1 alinéa 1 a) et b) de la Convention.

41. Cf. article 34 de la Convention.

l'État et l'individu. La logique et la mythologique des droits de la personne et des peuples sont nées en Occident et les zones où ces droits sont aujourd'hui réellement appliqués se limitent à l'Amérique du Nord, à l'Europe, au Japon et à l'Australie. Plusieurs affirment que ces droits ont une portée universelle, qui dépasse la culture qui les a engendrés, mais il reste qu'en pratique, encore aujourd'hui, plusieurs peuples du monde, y compris en Amérique ou en Australie, ne se reconnaissent pas dans le langage et les valeurs véhiculés par les droits de l'homme, ces peuples ayant leurs propres représentations et leurs propres langages en matière de partage et d'exercice du pouvoir⁴².

Ceci dit, le très grand intérêt de la Convention # 169 de l'O.I.T. est d'avoir introduit dans la tradition occidentale des droits de la personne une dimension fondamentale : à savoir, la dimension communautaire⁴³. Alors qu'en général, les droits de la personne cherchent à régir les rapports entre le pouvoir étatique et l'individu pris isolément, voici qu'entre les deux, du moins en ce qui concerne les peuples indigènes et tribaux, la communauté intervient et est appelée à participer à la mise en œuvre des mesures permises par cette convention. Et, dans la mesure où cette participation sera véritablement assurée, on peut déjà prévoir que les représentants des peuples indigènes et tribaux s'appuieront sur la protection qui leur est accordée pour rappeler leurs propres conceptions à l'égard du juste, du nécessaire et du raisonnable.

Mais, comme nous l'avons indiqué plus tôt, la Convention # 169 laisse aux États une large part de discrétion quant à la nature et quant à la portée des mesures qu'elle oblige à prendre. Bref, la Convention # 169 introduit à une situation problématique où des acteurs différents, s'appuyant sur des logiques parfois contradictoires, chercheront à faire triompher leurs propres points de vue et leurs propres intérêts, d'où évidemment des enjeux spécifiques liés aux diverses questions soulevées par elle.

Prenons, par exemple, celle de la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples indigènes et tribaux. La Convention # 169 accorde à ces peuples « le droit de conserver leurs coutumes et institutions », mais elle ajoute « *dès lors* qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international »⁴⁴. En outre, elle exige qu'au besoin, des procédures soient établies afin de « résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe »⁴⁵. On voit très bien ici que les coutumes et institutions des peuples indigènes et tribaux sont, pour ainsi dire, englobées par deux systèmes qui leur demeurent, en partie du moins, étrangers. En effet, ni les systèmes juridiques nationaux, ni les droits de la personne et des peuples existants au niveau interna-

42. Lire à cet égard les ouvrages indispensables de N. ROULAND, *Aux confins du droit : Anthropologie juridique de la modernité*, op. cit., note 15, pp. 199 et s.; et *Anthropologie juridique*, op. cit., note 15. Ainsi que les articles de É. LEROY, « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme : crise de l'universalisme et post modernité », (1992) XVII-48 *Revue de Droit prospectif*, pp. 139-160 et M. E. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretive Monopolies, Cultural Difference », (1989-1990) 6 *Annuaire canadien des droits de la personne*, pp. 3-45.

43. Cette dimension communautaire se retrouve également dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

44. Cf. article 8 alinéa 2 de la Convention.

45. Cf. article 8 alinéa 2 *in fine* de la Convention.

tional n'ont encore pleinement reconnu les représentations, les discours et les pratiques que ces peuples considèrent comme étant essentiels à leur identité et au maintien de celle-ci⁴⁶.

Ainsi, il nous semble évident qu'un des enjeux sous-jacents à toute cette question de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones se trouve inscrit dans les interprétations qui seront faites afin de résoudre les conflits soulevés en matière de compatibilité ou non entre les droits jugés fondamentaux par la tradition occidentale et leurs propres institutions. Les éléments à observer à cet égard résident non seulement dans les critères qui guideront ces interprétations, mais également dans le choix des interprètes eux-mêmes. Autrement dit, jusqu'à quel point la diversité culturelle sera-t-elle réellement prise en compte?

Un autre enjeu sous-jacent à la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones apparaît encore plus fondamental. À notre avis, les peuples autochtones, du moins au Canada, ne visent pas seulement à voir l'État respecter davantage les droits que celui-ci accepte de leur reconnaître ou que la communauté internationale lui intime de leur reconnaître. Ces peuples veulent également affirmer et exercer leur propre souveraineté. Autrement dit, ils veulent eux-mêmes définir la nature et la portée de leurs droits, en se référant à leurs propres traditions. Or, ces traditions s'inscrivent pour une large part carrément à l'extérieur du discours et de la logique de l'ordre juridique étatique, même lorsque celui-ci se veut respectueux des droits de la personne et des libertés fondamentales. Dire que ces traditions ne participent qu'en partie à l'héritage de la civilisation occidentale ne signifie pas pour autant qu'elles soient absolument incompatibles avec les droits de la personne et des peuples, tels que nous les concevons. Par ailleurs, en levant ainsi le voile sur cette réalité trop souvent occultée, il est alors permis de constater que le vrai débat, qui oppose bon nombre de représentants de peuples autochtones aux dirigeants de l'État, en est un de maîtrise effective non seulement des symboles et des règles d'interprétation, mais également du pouvoir et des ressources diverses qui permettent de l'exercer effectivement.

Des conflits mettant en cause la maîtrise de ce pouvoir peuvent entraîner des poussés de violence. Au Québec, on en sait quelque chose, l'été de 1990 ayant été pour plusieurs une désagréable découverte à cet égard. Évidemment, même si l'on peut assez facilement accepter que le conflit soit parfois bénéfique au sein d'une société, la violence, quant à elle, doit être limitée le plus possible. Dans le cas particulier de la problématique autochtone, comment y arriver? Sans doute, en suscitant partout la possibilité du dialogue interculturel afin de définir de nouveaux mécanismes de réconciliation entre les parties et afin de favoriser l'émergence de nouvelles et communes légitimités.

Il faut souligner ici que d'importantes discussions se poursuivent en ce sens au sein du Groupe de travail sur les populations autochtones. Créé en 1982⁴⁷ suite à une recommandation formulée par monsieur José R. Martinez Cobo dans

46. À titre d'exemple à cet égard lire la très intéressante étude de cas concernant les Mohawks réalisée par E.-J. DICKSON-GILMORE, « La renaissance de la Grande Loi de la Paix : conceptions traditionnelles de la justice au sein de la Nation mohawk de Kahnawake », (1991) XXI(1-2) *Recherches amérindiennes au Québec*, pp. 29-43.

47. Par la résolution 1982/34 du Conseil économique et social. Lire à ce sujet D. SANDERS, « The UN Working Group on Indigenous Populations », [1989] *Human Rights Quarterly* 406-433.

son *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*⁴⁸, ce groupe est composé de cinq personnes représentant les cinq grandes régions du monde. Il se réunit annuellement pendant deux semaines, généralement vers la fin juillet, au Palais des Nations à Genève. Pendant chacune des sessions du Groupe de travail, les représentants des peuples autochtones sont invités, d'une part, à faire le bilan de la situation des droits des peuples autochtones dans le monde et, d'autre part, à collaborer à l'élaboration d'un projet de *Déclaration universelle des droits des peuples autochtones*. Environ 500 personnes participent, chaque année, aux séances du Groupe de travail. On compte parmi ces personnes des représentants d'États, des représentants d'organisations non gouvernementales accréditées auprès des Nations unies, et plusieurs représentants d'organisations autochtones. La présidente du Groupe de travail, madame Irène-Erika Daes, souhaite présenter ce projet de *Déclaration universelle des droits des peuples autochtones* pour adoption par les plus hautes instances des Nations unies, y compris l'Assemblée Générale, pendant l'Année internationale des peuples autochtones, soit en 1993. Sans doute, faut-il espérer que sa formulation définitive soit au moins adoptée par le Groupe de travail lors de sa 11^e session en juillet prochain⁴⁹.

Indiquons brièvement les sujets qui sont pour l'instant abordés par ce projet de *Déclaration universelle des droits des peuples autochtones* :

- 1) le droit à l'autodétermination des peuples autochtones;
- 2) leur droit d'être protégés contre l'ethnocide;
- 3) leur droit collectif et individuel de propriété, de possession et d'usage des terres ou des ressources qu'ils occupent et utilisent traditionnellement;
- 4) leur droit à ce que ces terres ne puissent leur être prises sans qu'ils n'aient donné leur consentement libre et éclairé dans un accord ou un traité;
- 5) leur droit de revendiquer les ressources de la terre et du sol ou, en cas d'impossibilité, d'être justement et équitablement indemnisés quand elles ont été confisquées sans leur autorisation;
- 6) leur droit de participer pleinement au niveau de l'État, par des représentants par eux-mêmes choisis, à la prise et à l'exécution des décisions intéressant toutes les questions nationales et internationales susceptibles de modifier leur vie et leur destinée;
- 7) leur droit collectif à l'autonomie dans les questions intéressant leurs propres affaires intérieures et locales;
- 8) leur droit d'entretenir et de développer des relations de coopération culturelle, sociale et commerciale avec d'autres peuples autochtones par-delà les frontières des États, et obligation pour les États concernés d'adopter des mesures en vue de faciliter ces contacts;
- 9) leur droit d'avoir accès à des procédures acceptables et équitables pour résoudre les conflits ou les différends qui les opposent aux États; ces procédures pouvant inclure, selon les cas, le recours à des négociations, à la médiation,

48. *Conclusions, propositions et recommandations*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, paragraphe 8, p. 4.

49. Lire à cet égard le *Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur sa neuvième session*, Conseil économique et social, Nations unies, E/CN.4/Sub.2/1991/Rev. 1, p. 53 et *Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur sa dixième session*, Conseil économique et social, Nations unies, E/CN.4/Sub.2/1992/33, p. 32.

à l'arbitrage, aux tribunaux nationaux et aux mécanismes internationaux et régionaux d'examen des plaintes en matière de droits de l'homme⁵⁰.

Dans l'immédiat, ce projet de Déclaration ne constitue pas encore un instrument juridique international, mais il témoigne certainement de la volonté des participants au Groupe de travail sur les populations autochtones des Nations unies de consacrer un nouvel ordre des choses. La clef de voûte de ce projet demeure, à notre avis, un profond espoir et une véritable foi dans les droits de la personne et des peuples. Les bases sur lesquelles on l'édifie nous semblent, par ailleurs, tenir en trois idées. D'abord, dans la nécessité de préserver l'identité culturelle de ces peuples. Ensuite, dans l'adoption d'un procédé juridique souvent utilisé afin de permettre à un groupe d'accéder à l'égalité, à savoir la dualité des normes. Et, enfin, dans la mise en œuvre concrète des deux premiers principes par la conclusion entre les États et ces peuples d'ententes mutuellement acceptables.

Évidemment, qui parle d'identité culturelle risque fort d'énoncer des banalités, voire des stéréotypes, bien indifférents à la réalité. Le statisme n'a aucune place en ce domaine. Et les règles de la dynamique sociale et culturelle échappent bien souvent à ceux qui en sont les principaux acteurs. Quoi qu'il en soit, les peuples autochtones, partout dans le monde, s'affichent détenteurs de traditions, de langues et de valeurs qui les distinguent au sein des États qui les régissent. Ils maintiennent, par-delà les changements subis ou souhaités, de génération en génération, une semblable attitude envers certaines activités dites traditionnelles, pratiquent toujours leur langue maternelle, tout en utilisant parallèlement d'autres langues, et, enfin, cherchent encore de nos jours à conclure des alliances fondées sur leurs propres traditions. En outre, les peuples autochtones, comme tout autre groupe, cherchent à maîtriser certains des leviers qui, à leurs yeux, influencent le plus leur identité culturelle. Sont ainsi identifiés le territoire et sa gestion, les structures économiques et politiques et, enfin, le système juridique. Dans ces domaines, les peuples autochtones réclament une forme d'autonomie fondée sur leur conception propre du développement. À ceux qui y voient la reproduction du modèle de la « réserve », il faut souligner qu'il s'agit, au contraire, à notre avis, d'une meilleure façon d'atteindre l'égalité par le biais d'une dualité des normes. C'est-à-dire que le traitement particulier réclamé par les peuples autochtones ne doit aucunement les empêcher d'utiliser tous les droits, ressources ou institutions de la société dominante. Ce concept de dualité des normes a largement été utilisé par les pays du Tiers-Monde sur la scène internationale et par les groupes de femmes et les diverses minorités stigmatisées de notre propre société sur la scène nationale⁵¹. Les peuples autochtones en font tout autant, et à très bon droit.

50. *Id.*, pp. 30-37. Lire également R.N. CLINTON, « The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights », (1990) 32 *Arizona Law Review* 739-747; D. SANDERS, « Draft Universal Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », [1992] 2 *Canadian Native Law Reporter* 1-5 et R. STAVENHAGEN, *op. cit.*, note 39.

51. Lire à ce sujet, L. NOËL, *L'intolérance: une problématique générale*, Montréal, Boréal, 1989, pp. 218-265. Au sujet des pays du Tiers-Monde, lire G. FEUER et H. CASSAN, *Le droit international du développement*, Paris, Dalloz, 1985, pp. 33-34, où ils écrivent: « Très tôt, les pays en développement ont demandé que le droit international leur confère un régime juridique original adapté à leur situation. Dans cette perspective, ils ont remis en cause le principe d'égalité de tous les États devant le droit international. Ils ont ainsi contribué à faire naître

Ces deux principes doivent évidemment être concrétisés un jour, si l'on cherche réellement à atteindre des résultats. À tort ou à raison, les peuples autochtones favorisent la conclusion d'ententes spécifiques à cet égard avec les États. On peut certes rétorquer que la consécration d'un droit dans un texte législatif ou constitutionnel ne détermine qu'en partie les pratiques sociales d'un groupe donné. Mais, dans leur situation, l'absence de telles normes est encore plus dangereuse dans la mesure où la tendance dominante est à leur désavantage le plus évident. Autrement dit, ces ententes mutuellement acceptables conclues avec les États ne sont qu'un préalable nécessaire, mais non suffisant. Le chemin qu'il restera à tracer et à parcourir ensuite dépendra non seulement des textes mais également des pratiques des uns et des autres.

Jusqu'à ce qu'il se concrétise dans une véritable convention internationale pouvant être ratifiée par les États, ce projet de *Déclaration universelle des droits des peuples autochtones* n'aura aucune valeur juridique au sens classique du terme. Mais, comme nous l'a enseigné, entre autres, le droit international du développement, ce n'est pas parce qu'une norme n'est pas sanctionnable en droit qu'elle est sans effet. D'ailleurs, on peut d'ores et déjà constater que les représentants des peuples autochtones réfèrent à ce projet de Déclaration dans le cadre des négociations qu'ils mènent actuellement avec les États ou encore, sur la scène internationale, lorsqu'ils ont à juger du comportement de ces mêmes États. Chose certaine, la scène internationale est actuellement un lieu où le dialogue entre représentants des peuples autochtones et ceux des États se poursuit et où l'on continue de croire qu'il sera permis, à moyen terme, de créer de nouveaux aménagements des droits des peuples autochtones respectueux des droits de la personne ainsi que l'éclosion de nouvelles légitimités fondées sur le respect de la diversité. Dans ce contexte, qui pourrait douter que le phénix de la légende ne renaîtra pas de ses cendres?

ce qui constitue aujourd'hui la *summa divisio* du droit international du développement, à savoir l'existence de deux catégories d'États, les pays développés d'une part, les pays en développement d'autre part. Chacune de ces catégories se voit attribuer des droits et obligations différents. Cette *dualité de statuts* conduit à une *dualité de normes*. Cette construction produit un effet juridique bien défini par la formule qui figure dans les accords du Tokyo Round, celle de « *traitement différencié et plus favorable* » pour les pays en développement. Ce principe a trouvé tout naturellement son application dans le droit de l'aide, mais aussi dans le droit du commerce et dans le droit des transferts de technologie. On peut donc le considérer aujourd'hui comme l'un des axes principaux autour desquels s'ordonne le droit international du développement. »