

L'obligation de fiduciaire du Canada  
envers les peuples autochtones  
dans le contexte  
de l'accession du Québec  
à la souveraineté

---

Volume 1  
Dimension internationale

---

Août 1995

Commission royale sur les peuples autochtones





**L'obligation de fiduciaire du Canada  
envers les peuples autochtones  
dans le contexte de l'accésion du Québec  
à la souveraineté**

**VOLUME 1  
DIMENSION INTERNATIONALE**

*S. James Anaya,  
Richard Falk  
et  
Donat Pharand*

Août 1995

**Documents préparés dans le cadre  
du Programme de recherche  
de la Commission royale  
sur les peuples autochtones**

## Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

*L'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté*

Publ. aussi en anglais sous le titre :

*Canada's fiduciary obligation to Aboriginal Peoples in the context of accession to sovereignty by Quebec*

Sommaire : 1. Dimension internationale. — 2. Dimension intérieure.

ISBN 0-660-95105-3 (v.1); ISBN 0-660-94631-9 (v.2)

N° de cat. Z1-1991/1-41-6-1F (v.1); Z1-1991/1-41-6-2F (v.2)

1. Autochtones — Québec (province) — Relations avec l'État.
  2. Autochtones — Québec (province) — Politique et gouvernement.
  3. Autochtones — Québec (province) — Conditions économiques.
1. Canada. Commission royale sur les peuples autochtones.

E92.C3214 1995

323.1'19701

C95-980219-3

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1995

En vente au Canada  
chez votre libraire local  
ou par la poste auprès du  
Groupe Communication Canada — Édition

N° de catalogue Z1-1991/1-41-6-1F

ISBN 0-660-95105-3



Groupé                      Canada  
Communication            Communication  
Canada                      Group  
Edition                      Publishing



**L'obligation de fiduciaire du Canada  
envers les peuples autochtones  
dans le contexte de l'accession du Québec  
à la souveraineté**

**VOLUME I  
DIMENSION INTERNATIONALE**

**TABLE DES MATIÈRES**

INTRODUCTION .....	1	
<b>PARTIE I</b>		
L'obligation de fiduciaire du Canada à l'égard des peuples autochtones du Québec en vertu du droit international général		
<i>par S. James Anaya</i> .....	9	
Introduction .....	9	
Le contexte historique .....	10	
Le courant de pensée axé sur le consentement ou le protectorat .....	10	
Le courant de pensée axé sur la mission civilisatrice .....	12	
Le courant de pensée axé sur l'assimilation libérale .....	15	
Le droit international contemporain concernant les peuples autochtones .....	19	
Le mouvement contemporain de défense des droits des autochtones .....	20	
La Convention n° 169 de l'OIT de 1989 .....	21	
Le droit international coutumier nouveau et en voie d'émergence .....	25	
Les conventions internationales auxquelles le Canada est partie .....	37	
Conclusion .....	44	
<b>PARTIE II</b>		
Pertinence du droit à l'autodétermination des peuples en droit international, à l'égard des obligations de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones du Québec dans le contexte d'une éventuelle souveraineté <i>par Richard Falk</i> .....		46

Historique et évolution du droit à l'autodétermination en droit international . . . . .	48
Le statut, en vertu du droit international coutumier, de la prétention des peuples autochtones du Canada à un droit distinct à l'autodétermination . . . . .	60
La pertinence de la pratique ultérieure à 1989 au sujet de l'ancienne Union soviétique et de l'ancienne Yougoslavie, ainsi que du rapport Pellet . . . . .	70

PARTIE III

L'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones établis au Québec et la reconnaissance du Québec comme État <i>par Donat Pharand</i> . . . . .	81
Le rôle de la reconnaissance en droit international . . . . .	81
La reconnaissance en général . . . . .	81
La reconnaissance procède-t-elle d'une obligation? . . . . .	82
La reconnaissance conditionnelle : le cas de l'Europe de l'Est . . . . .	83
La pertinence des conditions européennes en ce qui a trait au Québec . . . . .	85
La reconnaissance collective . . . . .	87
L'application du rôle de la reconnaissance à un Québec souverain . . . . .	87
La reconnaissance du Québec par le Canada . . . . .	88
La reconnaissance du Québec par les autres États . . . . .	89
Conclusion . . . . .	90

PARTIE IV

L'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones du Québec et l'admission du Québec aux organisations internationales <i>par Donat Pharand</i> . . . . .	91
La participation du Québec aux relations internationales . . . . .	91
La participation actuelle comme province . . . . .	91
La participation future aux relations internationales . . . . .	92
L'admission du Québec aux organisations internationales . . . . .	93
L'admission aux Nations Unies . . . . .	93
L'admission aux institutions spécialisées de l'ONU . . . . .	95
L'admission à certaines organisations économiques . . . . .	97
L'admission à la CSCI . . . . .	100
L'admission à l'OTAN et à NORAD . . . . .	102
L'admission à l'Organisation des États américains . . . . .	102
Conclusion . . . . .	104

## PARTIE V

Conclusion relative aux obligations de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones du Québec en vertu du droit international . . . . .	106
Généralités . . . . .	106
Le droit à l'autodétermination . . . . .	107
Les obligations de fiduciaire et la reconnaissance du Québec . . . . .	110
L'admission du Québec dans les organisations internationales . . . . .	111

## ANNEXE I

L'obligation de fiduciaire du Canada et la succession du Québec aux droits et obligations du Canada en cas de sécession <i>par Donat Pharand</i> . . . . .	113
Observations préliminaires sur la succession d'États . . . . .	113
La succession du Québec en vertu de la Convention de Vienne . . . . .	114
Continuité ou table rase : deux approches divergentes . . . . .	115
Règle de la table rase, avec exceptions . . . . .	116
États nouvellement indépendants . . . . .	117
Incorporation d'un État à un autre . . . . .	117
Règle de la continuité, avec exceptions . . . . .	118
Traités de frontière et traités territoriaux . . . . .	119
Fusion de plusieurs États . . . . .	119
Séparation d'une partie d'un État : sécession . . . . .	120
Succession du Québec selon le droit international coutumier . . . . .	123
La règle de la continuité lierait-elle le Québec en vertu du droit coutumier? . . . . .	123
Le Québec pourrait-il faire table rase des traités relatifs aux droits de la personne? . . . . .	124
Conclusion . . . . .	127

## ANNEXE II

L'obligation de fiduciaire imposée au Canada par les principes juridiques généraux reconnus dans les systèmes de droit nationaux <i>par Donat Pharand</i> . . . . .	130
Signification et applicabilité des principes généraux de droit . . . . .	130
Signification des principes généraux de droit . . . . .	130
Applicabilité des principes généraux de droit . . . . .	131
L'obligation de fiduciaire dans les systèmes de droit nationaux . . . . .	132

L'Australie .....	133
La Nouvelle-Zélande .....	134
La Norvège, la Suède et la Finlande .....	136
Les États-Unis .....	136
Le Danemark (Groenland) .....	143
Le Canada (Québec) .....	144
Conclusion .....	147

### ANNEXE III

La Convention de l'Organisation internationale du Travail sur les peuples indigènes et tribaux (1989) : les questions soulevées par le Canada <i>par Donat Pharand</i> .....	148
Introduction .....	148
Les questions soulevées par le Canada au sujet de la convention .....	149
La propriété des terres d'occupation traditionnelle ..	150
Les terres de réserve indiennes .....	150
Les coutumes indigènes en matière de droit pénal et de détermination de la peine .....	152
Les établissements d'enseignement indigènes .....	152
La définition du terme «terres» .....	153
La signification du terme «peuples» .....	154
Conclusion .....	155
NOTES .....	157

**Note :** Les études regroupées dans ce volume ont été commandées aux auteurs par la Commission royale sur les peuples autochtones dans le cadre de son programme de recherche. Les opinions exprimées dans ces études sont celles des auteurs et n'engagent aucunement la Commission royale sur les peuples autochtones.

**L'obligation de fiduciaire du Canada  
envers les peuples autochtones  
dans le contexte de l'accession du Québec  
à la souveraineté**

**DIMENSION INTERNATIONALE**

*S. James Anaya,  
Richard Falk  
et  
Donat Pharand*

**INTRODUCTION**

Pour le projet de recherche présenté ici, les obligations de fiduciaire envers les peuples autochtones ont été analysées, d'une part en vertu du droit canadien, et d'autre part en vertu du droit international. Même si elles reposent sur des sources distinctes et sur des justifications juridiques légèrement différentes, ces analyses ont abouti à des conclusions très semblables, qui se renforcent mutuellement, à savoir que le gouvernement du Canada a une obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones du Québec à toutes les étapes de tout processus par lequel le Québec pourrait accéder à la souveraineté en tant qu'État distinct du Canada.

La nature de ces obligations de fiduciaire, reconnues comme telles, s'est précisée de plus en plus dans le droit canadien au cours des 20 dernières années, par suite des décisions marquantes de la Cour suprême dans les affaires *Guerin c. La Reine* (1984) et *R. c. Sparrow* (1990), comme l'expliquent Renée Dupuis et Kent McNeil dans l'autre partie de la présente étude (voir volume 2, *Dimension intérieure*). Ces arrêts amènent les auteurs à affirmer que l'existence d'une obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones du Canada a des racines historiques profondes, notamment le Traité d'Utrecht (1713), la

Capitulation de Montréal (1760), la *Proclamation royale de 1763* et le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même que les ententes plus précises touchant des revendications territoriales particulières. Cette tendance jurisprudentielle du droit canadien, examinée en profondeur par Dupuis et McNeil, établit une obligation de fiduciaire selon laquelle le gouvernement du Canada est tenu de protéger les droits et le bien-être des peuples autochtones. Ce droit général, applicable à l'ensemble des peuples autochtones du Canada, est complété à des degrés divers par des accords précis délimitant de façon plus claire le caractère de cette obligation à l'égard de peuples autochtones donnés.

En ce qui concerne le droit international — le sujet des trois documents rassemblés dans ce volume —, il apparaît utile de faire quelques observations préliminaires. Premièrement, il faut mentionner plusieurs importantes questions de terminologie. Comme on pouvait s'y attendre, les concepts sur lesquels repose le droit international sont différents de ceux dont il est question en droit canadien, même si leur intention générale semble souvent la même. Ainsi, l'expression «obligation de fiduciaire» n'a pas cours en droit international, où l'on parle plutôt de «relation tutélaire» et de notions connexes pour définir les obligations des États envers diverses catégories de personnes protégées, y compris les peuples désignés par l'appellation «peuples autochtones» dans le mandat de la Commission. En fait, l'expression «peuples autochtones» brille par son absence dans le droit international, qui lui préfère «peuples indigènes» ou «populations indigènes». Nous avons généralement retenu l'usage canadien mais sans mettre carrément de côté les identifications équivalentes.

Il y a deuxièmement la question des sources. Contrairement à ce qui se fait en droit national, les conclusions doctrinales en droit international ne sont pas exprimées sous forme d'arrêts judiciaires ou de

textes législatifs faisant autorité; à plus forte raison, les droits et obligations ne sont généralement pas consacrés dans des textes constitutionnels, comme c'est souvent le cas en droit national, par exemple lorsque le Canada a inclus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* des dispositions relatives aux droits des peuples autochtones. Le droit international est généralement consigné soit dans des accords que les États ratifient officiellement, conformément à la procédure prévue dans leur Constitution, soit dans la pratique, parce qu'ils s'y sentent obligés; ces accords s'intègrent avec le temps au droit international coutumier. Dans le domaine des droits de la personne, certaines normes coutumières qui en sont venues à représenter des droits et obligations de nature exécutoire découlent souvent de textes adoptés à l'origine à titre indicatif, par exemple des «déclarations» de gouvernements ou des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et des autres organes des institutions internationales. La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales entre les États (1970) sont deux des exemples les plus connus à cet égard. En ce qui a trait à la confirmation des droits des peuples autochtones — un aspect du droit international en pleine évolution —, les textes rédigés jusqu'ici ont un caractère quelque peu ambigu, puisqu'il s'agit d'une convention non ratifiée de l'Organisation internationale du Travail, d'un projet de déclaration des droits des peuples autochtones qui n'a pas encore franchi toutes les étapes du processus d'adoption, même aux Nations Unies, de résolutions adoptées par des institutions internationales respectées, et même d'articles savants écrits par des spécialistes réputés du droit international.

Troisièmement, suivant en cela la pratique anglaise, le Canada incorpore d'office les règles coutumières du droit international dans le droit canadien, moyennant certaines réserves pour tenir compte du

caractère souverain du Canada. Ces règles coutumières sont ensuite appliquées directement par les tribunaux canadiens et les autres représentants du gouvernement à moins qu'elles n'entrent en conflit avec une loi ou un principe constitutionnel fondamental, auquel cas il faut adopter une loi habilitante. Autrement, lorsqu'elles sont compatibles avec les lois canadiennes existantes, les règles coutumières du droit international sont immédiatement applicables sans qu'il soit nécessaire d'attendre une quelconque mesure officielle<sup>1</sup>.

Quatrièmement, malgré cette incertitude au sujet de la direction que prendra le droit international naissant sur plusieurs des questions précises qui préoccupent la Commission, l'orientation générale de ce droit international est claire et nette; elle est parallèle à l'évolution du droit canadien au sujet du traitement des peuples autochtones, en ce sens qu'elle favorise l'abandon de l'attitude protectrice et assimilatrice à l'égard des peuples autochtones, en faveur du respect des droits inhérents des individus et des groupes, ce qui inclut une certaine forme de souveraineté et une prétention valable à un droit à l'auto-détermination s'étendant à tout le moins au droit à l'autonomie gouvernementale. Cette tendance, décrite plus loin dans l'étude de James Anaya, fait l'unanimité parmi les spécialistes du droit international et constitue un point commun entre les auteurs de la présente étude et ceux du rapport Pellet (préparé par cinq éminents spécialistes du droit international à la demande de l'Assemblée nationale du Québec), que Richard Falk critique à d'autres égards dans le document figurant après celui d'Anaya.

Cinquièmement, le droit international impose certaines obligations juridiques générales au gouvernement du Canada, mais il lui laisse également une marge de manœuvre considérable. Les effets de l'accession à une souveraineté comme celle qui est envisagée au Québec n'ont pas de précédents clairs et pertinents. Ce qui semble certain,

toutefois, c'est la nécessité de respecter les droits de participation et de garantir que les droits ancestraux, y compris le droit à l'auto-détermination, seront pleinement protégés dans cette éventualité. À cet égard, quelle que soit la façon dont il abordera la situation, le gouvernement du Canada créera nécessairement un précédent juridique. Il a donc à la fois l'obligation et l'occasion d'établir un précédent qui soit marquant, juste, et constructif sur les plans social et politique.

Depuis plusieurs siècles, c'est-à-dire depuis ses origines modernes au XVI<sup>e</sup> siècle dans les écrits de Vitoria, le droit international reconnaît l'existence d'une obligation de nature fiduciaire à l'égard des peuples indigènes. Bien sûr, la conquête et la domination de l'Amérique du Nord étaient fondées sur des relations de disparité, et non de mutualité. Comme le montre le document de James Anaya, la nature des droits dont disposent les peuples indigènes en vertu du droit international a changé depuis le début du siècle, au fur et à mesure que le principe général de l'autodétermination passait graduellement du domaine de la morale à celui de la politique, puis du droit, fournissant à la fois le fondement juridique du processus de décolonisation et la norme la plus fondamentale du droit international en matière de droits de la personne; cette norme est d'ailleurs consacrée à l'article premier commun aux deux pactes en la matière, que le Canada a ratifiés en 1976.

Anaya étudie également l'émergence du mouvement qui s'est attaché à promouvoir les droits juridiques des peuples autochtones. En ce sens, il en retrace l'origine depuis l'approche assimilatrice qui avait été adoptée sans participation des représentants indigènes et qui s'est concrétisée dans la Convention n° 107 (1957) de l'Organisation internationale du Travail, jusqu'à la Convention n° 169 (1989), beaucoup plus représentative et résultant des pressions exercées par les peuples autochtones actifs sur le plan international, surtout par

l'entremise du Groupe de travail sur les populations autochtones mis sur pied par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies.

La Convention n° 169 affirme l'égalité et l'intégrité des peuples autochtones et de leurs cultures, et accorde des droits généraux à l'autonomie qui équivalent à un droit à l'autonomie gouvernementale. On a toutefois évité soigneusement de consacrer dans la Convention un «droit à l'autodétermination», précisant même explicitement à l'article 1.3 que l'emploi du terme «peuples» dans le texte n'implique aucun des droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international. Le Canada n'a pas ratifié la Convention n° 169, mais il a participé activement au processus de négociation qui a mené à sa préparation et est un des pays qui prennent le plus au sérieux les revendications présentées par les peuples autochtones et en leur nom. On trouvera à l'annexe III de ce volume une analyse des préoccupations du gouvernement canadien relativement à cette convention.

La Convention n° 169 semble constituer une déclaration au moins partielle du droit international coutumier existant et naissant, comme l'ont confirmé de nombreux autres événements. Puisqu'il est à la fine pointe de l'évolution du droit international coutumier, le gouvernement est en position d'exercer sa discrétion. Tout comme le rapport Pellet, notre analyse nous amène à favoriser une reconnaissance générale de l'évolution rapide du droit international en ces matières, afin que les droits prévus dans la Convention n° 169, et notamment le droit à l'autonomie gouvernementale, soient pleinement acceptés comme entraînant des obligations juridiques.

Richard Falk considère dans son document que les revendications autochtones relatives au droit à l'autodétermination équivalent au droit accordé à la province de Québec, ce qui reconnaît la tendance vers la

consécration de ce droit dans le droit international et dans la pratique, et le fait que ces revendications demeurent en suspens, tant du point de vue de leur nature que de leur ampleur. Étant donné cette incertitude, le droit international ne favorise clairement aucune solution dans un sens ou dans l'autre, laissant ainsi au gouvernement du Canada l'obligation générale de protéger les peuples autochtones touchés, sans toutefois préciser comment il doit s'acquitter de cette obligation, ni s'il doit le faire avec la participation et le consentement des principaux intéressés ou simplement en menant des consultations et en faisant preuve de bonne foi. La démarche du gouvernement canadien aura une influence sur l'évolution future du droit international. Comme le montre clairement l'étude de Falk, la reconnaissance d'un droit juridique à l'autodétermination ne risque guère, dans les circonstances actuelles, d'entraîner des revendications politiques qui dépasseraient les droits accordés actuellement en matière d'autonomie gouvernementale, mais le déni de ce droit à l'autodétermination — ou même l'octroi d'un droit restreint en des termes aussi limités — pourrait très bien susciter la colère des communautés autochtones et de leurs représentants.

Richard Falk se penche également sur la pertinence de la pratique récente qu'on observe dans le monde au sujet de l'autodétermination, et en particulier sur les nouveaux États qui ont vu le jour depuis que l'Union soviétique et la Yougoslavie ont disparu de la carte. La conclusion à laquelle il en arrive, contrairement aux auteurs du rapport Pellet, c'est que ces violents mouvements de sécession ont une importance juridique, tout autant que factuelle, et qu'ils brouillent les limites juridiques qui étaient imposées jusqu'ici quant à l'exercice du droit à l'autodétermination et qui consistaient soit à confiner ce droit au contexte de la décolonisation, soit à accepter qu'aucune nouvelle entité souveraine ne résulte des demandes d'autodétermination. La reconnaissance diplomatique accordée aux nouvelles entités, ainsi que

leur admission à l'ONU et à d'autres organismes internationaux, confirme le poids juridique de cette pratique récente, dont la pertinence juridique par rapport à la controverse entourant le Québec est toutefois moins évidente; mais il est permis d'en déduire à tout le moins que les revendications autochtones en matière d'autodétermination méritent qu'on leur accorde une oreille plus attentive, bien qu'elles semblent en contradiction avec l'interprétation générale qui avait cours avant 1989, à savoir que ce droit à l'autodétermination se limitait aux anciennes colonies.

Comme le montre clairement le document de Donat Pharand, l'émergence du Québec en tant qu'État séparé soulèverait une série de questions complexes en droit international. Le Canada, comme les autres États, serait en droit d'attendre, pour accorder la reconnaissance diplomatique au Québec, que celui-ci ait pris les mesures nécessaires afin de s'acquitter de ses obligations juridiques, notamment celles qui se rapportent aux peuples autochtones. Comme l'explique Pharand, ces considérations s'appliquent également à l'admission éventuelle d'un Québec indépendant aux Nations Unies et à d'autres organisations internationales. En outre, la mesure dans laquelle, en vertu du droit international, le Québec hériterait des droits et obligations applicables actuellement au niveau fédéral soulève de nombreuses questions (voir l'annexe I); il faut également se demander comment s'appliqueraient les principes généraux du droit quant à l'interprétation des droits et obligations juridiques en cas de séparation entre le Québec et le Canada (voir l'annexe II). Les trois annexes apportent un complément d'information utile, mais elles sont moins exhaustives que le texte principal.

PARTIE I  
L'obligation de fiduciaire du Canada  
à l'égard des peuples autochtones du Québec  
en vertu du droit international général

par S. James Anaya

**Introduction**

Le droit international impose une obligation particulière au Canada à l'endroit des peuples autochtones qui y habitent. Dans la jurisprudence historique de même que dans les schèmes de comportement associés à l'évolution du droit international, la doctrine imposant un devoir de protection des peuples indigènes ou autochtones sert de fil conducteur. Dans son acception la plus large, la doctrine impose un devoir général à la communauté internationale tout entière et des obligations plus particulières aux États de garantir le bien-être des peuples autochtones et le plein exercice de leurs droits. La doctrine, que l'on retrouve également dans le droit interne ou national, a été associée aux termes tutelle, administration fiduciaire ou obligation de fiduciaire, même si, en droit, son évolution ne correspond que très approximativement aux institutions juridiques ordinairement désignées par ces termes. La doctrine de l'obligation spéciale est *sui generis*; elle a été édifiée autour d'un noyau dur de considérations pratiques et jurisprudentielles propres seulement à la condition des peuples autochtones. Dans la présente partie de l'étude, on indique quels sont grosso modo les tenants et les aboutissants de l'obligation spéciale qui, en vertu du droit international, incombe au Canada à l'égard des peuples autochtones, d'abord en précisant les antécédents historiques, puis en analysant les aspects pertinents du droit international contemporain.

## **Le contexte historique**

La constitution en doctrine — dans la pensée juridique occidentale — du devoir particulier de traiter équitablement les peuples autochtones remonte aux premiers contacts des Européens avec les peuples autochtones d'Amérique et d'ailleurs. Les éléments normatifs de la doctrine et ce qu'ils impliquaient, toutefois, ont changé avec l'évolution de la pensée dominante sur ce qu'étaient les droits substantiels des peuples autochtones et sur ce qui était bon pour eux. Les quelques rappels historiques qui suivent montrent bien que la doctrine de l'obligation spéciale est à la fois ancienne et en pleine évolution.

Avant la seconde moitié du siècle actuel, trois courants de pensée différents ont alimenté l'idée selon laquelle les États ont, à l'endroit des populations autochtones relevant d'eux, un devoir particulier à remplir, ou des obligations de fiduciaire. Par souci de simplicité, nous parlerons du courant de pensée axé sur le consentement ou le protectorat, du courant de pensée axé sur la mission civilisatrice et, enfin, du courant de pensée axé sur l'assimilation libérale.

### *Le courant de pensée axé sur le consentement ou le protectorat*

En vertu du courant de pensée axé sur le consentement ou le protectorat, un État a, sur la foi du consentement mutuel, un devoir de protection envers un peuple autochtone. L'existence et les modalités de ce devoir, de cette tutelle, sont fonction d'un accord entre parties par ailleurs souveraines et indépendantes. Le courant de pensée associé à la doctrine de la tutelle est né en même temps que la théorie des relations internationales adoptée par Emmer de Vattel, le publiciste suisse du XVIII<sup>e</sup> siècle considéré généralement comme l'un des premiers théoriciens du droit international les plus influents. Dans son œuvre maîtresse de 1758, *Le droit des gens, ou Principes de la Loi naturelle*, Vattel entrevoit un système international formé d'États ou de nations

(termes qu'il utilise indifféremment) présumés indépendants et mutuellement exclusifs. À l'intérieur de ce modèle centré sur l'État, il analyse la pratique selon laquelle des nations ou des États plus faibles se placent volontairement sous la protection d'États plus forts. Vattel soutient que de tels États demeurent souverains et conservent leur autonomie dans tous les domaines qu'ils n'ont pas volontairement abandonnés à la plus forte Puissance<sup>2</sup>.

Des relations assimilables au protectorat ont existé entre de nombreuses tribus ou nations indiennes d'Amérique du Nord et les puissances européennes, ou celles qui leur ont succédé, en vertu de traités conclus avant le XX<sup>e</sup> siècle. C'est ce type de protectorats consensuels qui a servi de toile de fond aux premiers arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis où était considéré le statut des tribus indiennes vivant à l'intérieur des frontières internationales de ce pays. Dans l'arrêt *Cherokee Nation v. Georgia*, maintenant célèbre, le juge en chef John Marshall, au nom de la Cour, a dit des tribus qu'elles [TRADUCTION] «avaient elles-mêmes admis, dans leurs traités, être placées sous la protection des États-Unis [...]» Il décrit les tribus comme étant [TRADUCTION] «des nations intérieures dépendantes [...] Leurs rapports avec les États-Unis rappellent ceux du pupille et de son tuteur<sup>3</sup>». Dans un arrêt ultérieur de la Cour suprême où étaient également en cause les Cherokees, *Worcester v. Georgia*, le juge en chef Marshall, au nom de la Cour encore, éclaircit la qualification qu'il fait des tribus. Citant Vattel, il souligne qu'on utilise couramment le terme «nations» pour désigner les tribus, et il établit une analogie entre elles et les [TRADUCTION] «États tributaires et feudataires» d'Europe<sup>4</sup>, que Vattel range au nombre des États souverains, sujets du droit des gens, même s'ils ont accepté la protection d'une plus grande Puissance<sup>5</sup>.

*Le courant de pensée axé sur la mission civilisatrice*

Cette variété de tutelle du courant de pensée axé sur le consentement ou le protectorat, reflétée dans les traités historiques et reconnue par la jurisprudence, s'est estompée à mesure que les États du XIX<sup>e</sup> siècle, y compris les États-Unis et le Canada, cessaient de conclure des traités avec les peuples autochtones non européens et prétendaient plutôt exercer sur eux, de façon unilatérale, de plus en plus de pouvoirs. Cette affirmation unilatérale de pouvoirs a été favorisée, au stade initial de l'évolution de la doctrine de l'obligation spéciale ou de la fiducie, par un deuxième courant de pensée, plus influent, qu'on associe à l'expression coloniale française «la mission civilisatrice» (et à l'expression coloniale anglaise *White man's burden* : le fardeau, la croix, de l'homme blanc).

En vertu de ce courant de pensée, qui trouvait ses fondements intellectuels dans l'école, maintenant tristement célèbre, connue sous le nom de «racisme scientifique<sup>6</sup>», les peuples autochtones étaient assujettis à une tutelle, qu'ils y aient consenti ou non, imputable à leur qualité de «rétrogrades» et de «non civilisés». En raison de leur infériorité supposée, les peuples autochtones étaient jugés incapables de gérer adéquatement leurs propres affaires, si bien que le monde «civilisé» devait les prendre en tutelle pour leur apporter les «bienfaits de la civilisation». Dès lors, la tutelle devenait source d'un pouvoir unilatéral des États sur les peuples autochtones; du même coup, les droits des peuples autochtones s'en trouvaient réduits à ceux qui sont compatibles avec cette «mission civilisatrice».

Une première version de ce mode de pensée se retrouve dans l'œuvre de Francisco de Vitoria, le théologien et juriste espagnol du XVI<sup>e</sup> siècle considéré, à l'instar de Vattel, comme l'un des pères du droit international. Dans ses *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre* (1532), Vitoria analyse une série d'arguments qui ont été avancés pour

justifier le pouvoir espagnol sur des terres déjà occupées dans les Amériques. Il conclut ainsi son analyse :

On pourrait, non soutenir certes, mais remettre en discussion un autre titre qui peut paraître légitime à certains. Personnellement, je n'ose rien affirmer à son sujet, mais je n'ose pas non plus le condamner absolument. Le voici : bien que ces barbares ne soient pas tout à fait fous, comme on l'a dit plus haut, cependant ils n'en sont pas loin et ainsi ils ne semblent pas capables de constituer et de gouverner un État légitime, même au simple point de vue humain et civil. C'est pourquoi ils n'ont pas de lois convenables ni de magistrats; bien plus, ils ne sont pas suffisamment capables de diriger leur maison; c'est pourquoi aussi ils n'ont pas de lettres, ni d'arts — non seulement libéraux mais aussi mécaniques — ni d'agriculture prospère, ni d'artisans, ni quantité d'autres choses utiles et même nécessaires à la vie humaine. On pourrait donc dire que, dans leur intérêt, les princes espagnols pourraient assumer leur administration, leur établir dans les villes des préfets et des gouverneurs et même leur donner de nouveaux chefs, s'il est évident que c'est pour leur bien. À mon avis, on pourrait admettre cela car, si tous les barbares étaient fous, il n'est pas douteux que cela serait non seulement permis mais tout à fait normal. Bien plus, les princes y seraient tenus, tout comme si les barbares étaient totalement des enfants. Sous ce rapport, on considère ces barbares comme des fous<sup>7</sup> [...]

À mesure que les États colonisateurs affermissaient leur pouvoir sur des terres non européennes, l'argument mis de l'avant par Vitoria gagnait des appuis dans les cercles intellectuels occidentaux. Parmi les puissances coloniales du XIX<sup>e</sup> siècle, la Grande-Bretagne était passée maître dans l'art de mettre au point, à l'égard des peuples autochtones, des régimes administratifs particuliers ayant pour but de restructurer leurs schèmes culturels et sociaux en fonction des conceptions européennes du comportement civilisé. En 1837, un comité spécial de la Chambre des communes britannique concluait qu'une telle politique s'imposait en raison de [TRADUCTION] «l'obligation morale que nous avons de partager les bienfaits dont nous jouissons» ainsi que de considérations pratiques :

[TRADUCTION] Il est tout à notre avantage de traiter avec des hommes civilisés plutôt qu'avec des barbares : nous avons de cela de nombreuses preuves. Les sauvages sont des voisins dangereux et de mauvais clients; s'ils demeurent des sujets avilis de nos colonies, ils auront tôt fait de devenir un fardeau pour l'État<sup>8</sup>.

Dans l'extrait suivant d'une lettre du premier ministre lord John Russell, datée du 23 août 1840, adressée à sir George Gipps, gouverneur de la Nouvelle-Galles du Sud, en Australie, on retrouve la marque de la politique britannique et sa prémisse, l'infériorité des autochtones :

[TRADUCTION] Entre l'autochtone, affaibli par les boissons enivrantes, et l'Européen, doté de toute la force d'une civilisation supérieure et libre de contraintes, le combat est inégal et ne dure guère en général : les autochtones voient leur nombre décliner, diminuer, avant de disparaître [...]

La meilleure façon de préserver cette race malheureuse [...] se trouve dans les moyens utilisés pour éduquer ses enfants. Il faudrait ne leur inculquer que les rudiments de l'écriture et de la lecture. L'enseignement des vérités fondamentales de la religion chrétienne serait dispensé oralement par les missionnaires eux-mêmes. L'éducation devrait débiter tôt : les garçons devraient apprendre à creuser et à labourer, ainsi que les métiers de cordonnier, de tailleur, de menuisier et de maçon; les filles, à coudre, à faire la cuisine et la lessive, et à faire le ménage dans les maisons et épousseter les meubles<sup>9</sup>.

Les vues de la Grande-Bretagne, qu'adoptèrent d'autres puissances colonisatrices, ont été internationalisées par le truchement d'une série de conférences et d'efforts du même genre dont le but était de régler la pénétration continue des Européens en Afrique. À cet égard, l'événement le plus marquant a été la première Conférence de Berlin sur l'Afrique, qui s'est terminée, en 1885, par la signature d'un Acte général par lequel on a voulu définir les paramètres de base de ce qu'on a appelé le «partage de l'Afrique<sup>10</sup>». En vertu de l'article VI de l'Acte général, les puissances signataires se sont engagées «à veiller à la conservation des populations indigènes et à l'amélioration de leurs conditions morales et matérielles d'existence», pour en arriver «à

instruire les indigènes et à leur faire comprendre et apprécier les avantages de la civilisation<sup>11</sup>». Dans un ouvrage de 1926, intitulé *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, le juriste britannique M.F. Lindley a soutenu que la forme doctrinale de la tutelle avancée par l'Acte général de Berlin avait été largement admise et qu'il fallait l'entendre comme faisant partie du droit international général<sup>12</sup>.

### *Le courant de pensée axé sur l'assimilation libérale*

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, le courant de pensée axé sur la mission civilisatrice a décliné au vu de la montée de ce qu'on pourrait appeler le courant de pensée axé sur l'assimilation libérale. En vertu de ce courant de pensée plus moderne, la doctrine de la tutelle était reconduite en tant que source du pouvoir officiel, mais seulement à titre transitoire. Selon ce courant, en effet, la tutelle n'avait pas pour fin un contrôle ou une direction indéfinis des affaires des peuples autochtones. Elle avait plutôt pour but de dépasser la simple inculcation de compétences et de valeurs occidentales aux membres des collectivités autochtones pour finir par les assimiler dans des sociétés non tribales, organisées autour des préceptes individualistes de l'égalité et de la démocratie. Purgée des notions pseudo-scientifiques de hiérarchie sociale, la tutelle de la tribu aborigène devait mener et céder la place à la pleine citoyenneté, en toute égalité, dans un État libéral moderne.

Au milieu du tumulte de la Première Guerre mondiale, le président des États-Unis Woodrow Wilson devait avancer le modèle libéral de l'organisation politique comme fondement de l'ordre mondial. Dans un important discours sur la politique étrangère, Wilson déclara :

[TRADUCTION] Aucune paix ne peut, ni ne devrait durer, si elle ne se fonde sur une reconnaissance et une acceptation du principe selon lequel les gouvernements tirent tous leurs pouvoirs légitimes du consentement des gouvernés [...] Je m'exprime de la

sorte non pas par quelque désir d'exalter un principe politique abstrait, qui a toujours été cher au cœur de ceux qui ont voulu instaurer la liberté en Amérique, mais bien pour la raison qui m'a amené à parler des autres conditions de la paix, qui me semblent clairement indispensables<sup>13</sup> [...]

En disant cela, le président Wilson pensait d'abord aux conflits territoriaux qui avaient cours en Europe; toutefois, ce qu'il disait avait des incidences manifestes pour les formes de gouvernement imposées et maintenues par les régimes coloniaux dans d'autres régions du monde, particulièrement à une époque où les théories relatives à la suprématie raciale des Blancs commençaient à être battues en brèche.

Un certain amalgame du libéralisme wilsonien et des idées de tutelle a été incorporé dans le Pacte de la Société des Nations, dans son système des mandats, appliqués aux territoires enlevés aux puissances européennes qui avaient perdu la Première Guerre mondiale. Dans le Pacte, on déclare que «[l]e bien-être et le développement» des peuples de ces territoires «forment une mission sacrée de civilisation<sup>14</sup>». Même si on y retrouve des éléments caractéristiques de la doctrine de la tutelle, associés au courant de la mission civilisatrice<sup>15</sup>, les dispositions du Pacte établissant le régime des mandats traduisent une politique où l'on cherche à soustraire les populations autochtones aux conditions de dépendance classiques<sup>16</sup>.

La fusion du libéralisme et des idées de tutelle a été renforcée, et son effet s'est accru, avec la Charte des Nations Unies et la structure de sauvegarde des droits de la personne donnée à l'organisation du monde qu'elle a instaurée à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Cette structure de sauvegarde des droits de la personne de la Charte dénotait un intérêt plus grand pour les segments de l'humanité qui étaient toujours en proie à la colonisation ou à ses séquelles. En particulier, le Chapitre XI de la Charte imposait des obligations spéciales aux membres des Nations Unies «qui ont ou qui assument la responsabilité

d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes<sup>17</sup> [...]» En vertu de l'article 73 du Chapitre XI, ces membres s'engagent à accepter «comme une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure du possible [...] [l]es intérêts des habitants de ces territoires.»

À la suite de l'adoption de la Charte, la communauté internationale a simultanément défendu, d'une part, l'indépendance des territoires coloniaux d'outre-mer, les frontières coloniales demeurant intactes<sup>18</sup>, et, d'autre part, l'assimilation des membres des groupes autochtones vivant à l'intérieur des frontières des États indépendants et leur accession au statut de citoyens à part entière<sup>19</sup>. Dans les deux cas, peu de valeur sinon aucune n'était accordée aux modèles autochtones d'association et d'organisation politique antérieures à la colonisation européenne. Dans le cadre normatif opérationnel, le modèle recherché était plutôt celui d'un État homogène sur le plan culturel, qui n'exerçait aucune discrimination raciale et s'autogouvernait pleinement.

L'édification d'une nation supposait une politique correspondante de rupture des liens ethniques ou culturels s'y opposant, une politique que même les États nouvellement indépendants, ou peut-être eux tout particulièrement, faisaient leur<sup>20</sup>. Par l'assimilation et l'acquisition des droits de la pleine citoyenneté, les membres d'enclaves indigènes ou tribales accéderaient à l'égalité et au rang de ceux qui se gouvernent eux-mêmes.

Dans ce contexte particulier des populations indigènes enclavées, c'est dans la Convention n° 107 de l'Organisation internationale du Travail (1957) que le courant de pensée axé sur l'assimilation libérale a principalement pris corps<sup>21</sup>. Tout en obligeant les États à prendre des mesures extraordinaires au profit des populations autochtones, la Convention vise d'abord l'assimilation; aussi ces mesures y sont-elles considérées comme transitoires. La Convention n° 107 a pour principal

objet l'amélioration de la situation économique et sociale des populations autochtones en général, mais dans un cadre conceptuel qui ne semble pas laisser place à l'établissement à long terme, à de solides réseaux culturels et associatifs politiquement importants de collectivités autochtones. La Convention n° 107 est conçue en ayant à l'esprit les *membres* des populations indigènes et en fonction de leurs droits, en tant qu'égaux au sein de la société qui les englobe<sup>22</sup>. Les *peuples* ou les *collectivités* autochtones en tant que tels ne sont, dans le meilleur des cas, que les bénéficiaires secondaires des droits ou des protections. La Convention reconnaît les lois coutumières autochtones et le droit à la propriété foncière collective. Toutefois, cette reconnaissance est obscurcie par les appels incessants lancés en faveur de programmes nationaux d'intégration et d'assimilation non coercitives qui, à la fin, entraîneront leur propre disparition.

Les dispositions suivantes illustrent les tenants et aboutissants de la Convention :

#### *Article 2*

1. Il appartiendra principalement aux gouvernements de mettre en œuvre des programmes coordonnés et systématiques en vue de la protection des populations intéressées et de leur intégration progressive dans la vie de leurs pays respectifs. [...]
3. Ces programmes auront essentiellement pour objet le développement de la dignité, de l'utilité sociale et de l'initiative de l'individu. [...]

#### *Article 3*

1. Des mesures spéciales devront être adoptées pour protéger les institutions, les personnes, les biens et le travail des populations intéressées aussi longtemps que leur situation sociale, économique et culturelle les empêchera de jouir du bénéfice de la législation générale du pays auquel elles appartiennent.
2. Il faudra veiller à ce que de telles mesures spéciales de protection :

- (a) ne servent pas à créer ou à prolonger un état de ségrégation;
- (b) ne restent en vigueur que pour autant que le besoin d'une protection spéciale existe et dans la mesure où cette protection est nécessaire.

L'attitude envers les peuples autochtones que révèle la Convention n° 107 se retrouve également, au niveau international, dans les programmes du milieu du XX<sup>e</sup> siècle mis de l'avant par l'Institut interaméricain des affaires indigènes, établi en 1940. L'Institut, qui est devenu aujourd'hui une institution spécialisée de l'Organisation des États américains, a organisé une série de conférences périodiques et servi, auprès des États membres de l'OEA, de centre d'information et d'organe consultatif. Comme la Convention n° 107 de l'OIT, le régime adopté par l'Institut comprenait des programmes visant à améliorer le bien-être économique des populations autochtones et à promouvoir leur intégration au plus grand ordre social et politique<sup>23</sup>.

### **Le droit international contemporain concernant les peuples autochtones**

Au cours des dernières dizaines d'années, la structure de l'organisation du monde a considérablement évolué. Et cette évolution a été accompagnée d'une transformation des hypothèses normatives sous-jacentes. L'expansion des Nations Unies et d'autres institutions internationales, de concert avec le mouvement contemporain des droits de la personne, ont favorisé l'éclosion de forces sociales qui ont modifié davantage encore le caractère du droit international en ce qui concerne les peuples autochtones. Parmi les préceptes applicables à l'échelon international, on retrouve toujours une obligation spéciale ou une obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Contrairement aux formulations antérieures, toutefois, ces préceptes sont aujourd'hui

marqués par un respect sans précédent pour la dignité des peuples autochtones et leurs cultures

Nous analysons ici les développements, imputables pour une large part aux demandes formulées par les peuples autochtones eux-mêmes, qui ont donné naissance à un droit international révisé concernant les peuples autochtones. Ce droit international nouveau, toujours en voie d'émergence, de concert avec les instruments des droits de la personne d'application générale, définit les paramètres contemporains de l'obligation du Canada à l'égard des peuples autochtones.

#### *Le mouvement contemporain de défense des droits des autochtones*

Le traitement que le droit international contemporain réserve aux peuples autochtones a pris forme au cours des dernières décennies, résultant d'activités auxquelles ils ont participé, et que, pour une grande part, ils ont eux-mêmes menées. Les peuples autochtones ont cessé d'être les objets passifs des débats portant sur leurs droits; ils sont devenus de véritables participants au dialogue multilatéral approfondi qu'ont facilité et sanctionné les Nations Unies et d'autres institutions internationales.

Au cours des années 60, forts d'une nouvelle génération d'hommes et de femmes formés selon les traditions des sociétés qui se sont imposées à eux, les peuples autochtones ont de plus en plus attiré l'attention sur leurs revendications du droit de survivre et de demeurer en tant que communautés distinctes ayant des cultures, des institutions politiques et des droits fonciers uniques<sup>24</sup>. Ils ont offert une vision d'eux-mêmes différente de celle que les puissances dominantes avaient antérieurement élaborée et sur le fondement desquelles elles avaient agi<sup>25</sup>. Dans les années 70, les peuples autochtones ont étendu leurs efforts à la scène internationale par une série de conférences

internationales et par des appels directs aux institutions intergouvernementales internationales<sup>26</sup>. Leurs efforts se sont mués en une véritable campagne, favorisée par certaines organisations non gouvernementales internationales intéressées, ainsi que par une augmentation du nombre d'ouvrages savants et de vulgarisation les appuyant, rédigés autant des points de vue moral et sociologique que juridique<sup>27</sup>.

L'Assemblée générale des Nations Unies s'est fait l'écho de l'intérêt de plus en plus grand soulevé, à la suite d'années de travaux, pour les peuples autochtones, en faisant de l'année 1993 l'Année internationale des populations autochtones et, par la suite, en promulguant une «Décennie internationale» sur le même thème<sup>28</sup>. Cet intérêt grandissant s'est accompagné d'une reformulation de l'interprétation des paramètres des principes généraux des droits de la personne et de leurs incidences pour les peuples autochtones. Fondé sur cette interprétation nouvelle, on retrouve un droit international nouveau — quoique toujours en évolution — régissant le comportement des États à l'endroit des peuples autochtones.

#### *La Convention n° 169 de l'OIT de 1989*

La Convention n° 169 de l'OIT de 1989 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants<sup>29</sup> constitue l'expression la plus concrète des droits des peuples autochtones et des obligations correspondantes des États du droit international contemporain. La Convention n° 169 est une révision de la Convention n° 107 de l'OIT adoptée antérieurement, en 1957; par elle, la communauté internationale s'écarte de façon très marquée de l'idéologie de l'intégration ou de l'assimilation qui sous-tendait la Convention antérieure<sup>30</sup>. Le Canada n'est pas partie à la Convention n° 169 (voir l'annexe III). Comme on le verra ci-dessous, cette convention représente toutefois un noyau dur

d'attentes largement répandues internationalement et, à ce titre, elle traduit le droit international coutumier en voie d'émergence, qui, d'une façon générale, lie les différentes unités constituantes de la communauté internationale. Les processus internes du Canada, qui, jusqu'ici, ont eu une tendance à jouer contre une ratification de la Convention, ne contredisent en rien cette conclusion. Les objections soulevées par le ministère canadien du Travail et par d'autres intérêts nationaux, si elles révèlent que certains aspects de la Convention prêtent à controverse<sup>31</sup>, n'équivalent pas à une pratique matérielle contrevenant aux éléments normatifs de base reflétés par la Convention et généralement admis internationalement.

L'idée de base de la Convention n° 169 est donnée dans son préambule, qui souligne :

que, dans de nombreuses parties du monde, ces peuples [autochtones] ne peuvent jouir des droits fondamentaux de l'homme au même degré que le reste de la population des États où ils vivent et que leurs lois, valeurs, coutumes et perspectives ont souvent subi une érosion [...] (sixième paragraphe)

On y prend également acte :

de l'aspiration des peuples [autochtones] 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 [...] (cinquième paragraphe)

Ces prémisses étant posées, la Convention impose aux États les devoirs positifs suivants : faire avancer la cause de l'intégrité culturelle autochtone<sup>32</sup>, maintenir leurs droits sur leurs terres et leurs ressources (Partie II); et assurer la non-discrimination dans les sphères du bien-être social<sup>33</sup>. Et, de façon générale, la Convention enjoint aux États de respecter les aspirations des peuples autochtones dans toutes les décisions qui les concernent<sup>34</sup>.

Dans la Convention, on évite d'utiliser les termes «tutelle» ou «fiducie», tout comme les peuples autochtones eux-mêmes lorsqu'ils faisaient valoir énergiquement leurs revendications sur la scène internationale. On semble avoir jeté le discrédit sur ces termes, en raison des liens historiques qu'ils entretiennent avec des idéologies qui ne sont plus acceptables. L'idée d'une obligation spéciale ou extraordinaire de garantir les droits et le bien-être des peuples autochtones, cependant, est implicite dans le fait de l'existence même de la Convention et, en outre, dans l'obligation d'adopter les programmes de mesures positives qu'elle impose. Dans le cadre normatif défini par la Convention, cette obligation ou ce devoir spécial découle non pas d'une quelconque infériorité présumée des populations autochtones, mais bien plutôt des désavantages particuliers auxquels ils sont confrontés, en raison d'une longue histoire de colonisation et des séquelles qu'elle a léguées<sup>35</sup>.

On a fait reproche à la Convention n° 169 de ne pas aller assez loin, du fait que plusieurs de ses dispositions comportent des réserves ou ne prennent que la forme de recommandations<sup>36</sup>. En outre, la Convention renferme des formulations qui nuancent le terme «peuples» utilisé pour désigner les populations visées. Les formulations utilisées, ainsi qu'une note explicative, ont pour effet de soustraire le terme «peuples» aux liens que, dans d'autres instruments internationaux, il entretient avec le terme «autodétermination<sup>37</sup>». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et d'autres instruments internationaux portent que «tous les *peuples* ont le droit de disposer d'eux-mêmes<sup>38</sup>». L'Organisation internationale du Travail a, pour sa part, adopté comme position que les formulations utilisées pour nuancer le terme [TRADUCTION] «"peuples" ne restreignent nullement la signification du terme, de quelque façon que ce soit», et qu'il s'agissait simplement d'un moyen de laisser le soin de décider des incidences qu'avait le terme aux instances des Nations Unies<sup>39</sup>. Néanmoins,

l'utilisation de telles formulations dans la Convention traduit l'aversion des États pour une reconnaissance expresse d'un droit à l'auto-détermination des populations autochtones, par peur qu'elle puisse impliquer en fait un droit de sécession.

Dans le même temps, toutefois, l'usage du terme «peuples», même avec des réserves, suppose une certaine affirmation de l'identité collective autochtone et les attributs correspondants d'une communauté. Quelles que soient les limitations de la Convention d'ailleurs, elle a pour effet, prise globalement, de proclamer la valeur des communautés et des cultures autochtones et d'imposer aux États un devoir particulier, celui de garantir des droits fondamentaux et d'avoir une politique à cet effet. Comme l'a observé un représentant de l'OIT étroitement associé à l'élaboration de la Convention n° 169, cette dernière [TRADUCTION] «contient peu de règles absolues; elle établit plutôt des buts, des priorités et des droits minimaux», qui doivent être respectés par l'adoption de programmes de mesures positives au sein des États<sup>40</sup>.

Depuis que la Convention a été adoptée à la Conférence du Travail de 1989, les associations de peuples autochtones et leurs représentants ont adopté un point de vue de plus en plus pragmatique, et déclaré appuyer sa ratification. Les associations des peuples autochtones d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud ont été particulièrement actives et ont exercé des pressions en faveur de cette ratification. D'autres organisations ont manifesté leur appui à la Convention, dont le Conseil sami nordique, la Conférence circumpolaire inuit, le Conseil mondial des peuples autochtones et le Conseil national de la jeunesse indienne.

### *Le droit international coutumier nouveau et en voie d'émergence*

La Convention n° 169 de l'OIT est importante dans la mesure où elle crée des obligations conventionnelles entre les États qui l'ont ratifiée qui sont en accord avec les tendances actuelles concernant les peuples autochtones. La Convention est également importante parce qu'elle s'inscrit dans les développements qui ont donné naissance à un nouveau droit international coutumier de même orientation normative et dont ils sont la manifestation. Le droit coutumier lie les unités constitutives de la communauté mondiale en général, indépendamment de tout acte formel d'acquiescement à celui-ci.

En grande partie grâce aux efforts des dernières années faits par les peuples autochtones, l'intérêt qui leur était porté en est venu à occuper une place préminente dans l'ordre du jour des droits de la personne internationaux<sup>41</sup>. Depuis les années 70, les Nations Unies, l'Organisation des États américains et d'autres instances internationales dont le discours normatif fait autorité ont sans cesse eu à se prononcer, d'une façon ou d'une autre, sur les revendications des peuples autochtones<sup>42</sup>. Le débat multilatéral en profondeur orchestré par le système international a mis en présence les États, des organisations non gouvernementales, des experts indépendants et les peuples autochtones eux-mêmes. Il est maintenant évident que les États et d'autres acteurs dont il faut tenir compte ont trouvé un nouveau terrain d'entente au sujet des normes minimales qui devraient régir les comportements à l'endroit des peuples autochtones, et il est évident également que ces normes déjà, en fait, guident les comportements. En théorie moderne, un consensus aussi dominant, découlant de conceptions de la dignité humaine si largement répandues, constitue du droit international coutumier<sup>43</sup>.

Le consensus nouveau qui se dégage autour des préceptes normatifs applicables aux peuples autochtones se retrouve, du moins en

partie, dans la Convention n° 169. La Convention n° 169 a été approuvée par consensus au comité de la Conférence qui en a rédigé le texte<sup>44</sup>, et elle a été adoptée en conférence plénière par une majorité écrasante des voix des délégués votants, y compris celle de la délégation canadienne. Il y a eu 328 voix pour, une contre et 49 abstentions<sup>45</sup>. Aucun délégué gouvernemental n'a voté contre l'adoption du texte, mais un certain nombre s'est abstenu<sup>46</sup>. Les abstentionnistes se sont toutefois dits d'abord préoccupés par la formulation de certaines dispositions, ou par certaines ambiguïtés qu'ils croyaient déceler dans le texte, tout en se prononçant, dans de nombreux cas, en faveur des préceptes formant le cœur de la nouvelle convention<sup>47</sup>.

Depuis l'adoption de la Convention en 1989, dans les déclarations que les gouvernement ont faites en faveur de l'élaboration d'une déclaration universelle des droits des autochtones qu'adopterait l'Assemblée générale des Nations Unies, les règles de base de la Convention ont été réaffirmées et, d'ailleurs, ces déclarations laissent entrevoir l'émergence d'un consensus correspondant de plus près encore aux revendications des peuples autochtones<sup>48</sup>. Le Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones de 1993, rédigé par les cinq experts indépendants qui composent le Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, est un énoncé de normes concernant les peuples autochtones qui, à titre de principes généralement reconnus des droits de la personne, fait autorité. Il est également la manifestation d'un consensus sur le sujet correspondant à sa teneur entre les acteurs pertinents<sup>49</sup>. Les débats approfondis qui ont abouti au Projet de déclaration, au cours desquels les peuples autochtones eux-mêmes ont joué un rôle de premier plan, en renforcent l'autorité et la légitimité.

Le Projet de déclaration de 1993 va plus loin que la Convention n° 169, en particulier par ses déclarations audacieuses sur l'auto-détermination des autochtones, sur les droits relatifs aux terres et aux

ressources et sur les droits à l'autonomie politique<sup>50</sup>. Même si le Projet de déclaration parle surtout de droits, l'idée d'un devoir particulier pour les États de prendre des mesures pour mettre en œuvre ces droits et en protéger la jouissance y est incorporée. Cela ressort à l'évidence, notamment à l'article 37 :

Les États doivent prendre, en consultation avec les peuples autochtones concernés, les mesures nécessaires pour donner plein effet aux dispositions de la présente Déclaration. Les droits qui y sont énoncés devront être adoptés et incorporés dans leur législation interne de manière que les peuples autochtones puissent concrètement s'en prévaloir.

Ce ne sont pas *toutes* les parties concernées qui sont satisfaites de *tous* les aspects du projet de déclaration élaboré par le groupe de travail pour le soumettre aux organisations mères. Certains représentants des peuples autochtones ont reproché au projet de ne pas aller assez loin, tandis que des gouvernements, comme il fallait s'y attendre, ont soutenu qu'il allait trop loin. Néanmoins, on discerne chez les experts, les autochtones et les gouvernements une nouvelle convergence d'opinions sur les droits des peuples autochtones et les normes correspondantes régissant le comportement des gouvernements, et cette convergence se reflète dans une certaine mesure dans le projet du groupe de travail.

Elle est également reflétée dans les déclarations des gouvernements, ou dans d'autres faisant également autorité, faites dans le cadre des efforts qui, parallèlement, sont en cours à l'Organisation des États américains pour élaborer une déclaration ou une convention sur les droits des peuples autochtones. En 1989, l'Assemblée générale de l'OEA a résolu de «demander à la Commission interaméricaine des droits de l'homme de préparer un instrument juridique relatif aux droits des populations indigènes<sup>51</sup>.» C'est ainsi que la Commission interaméricaine des droits de l'homme a recueilli des commentaires

auprès des gouvernements et des peuples autochtones de l'ensemble des Amériques sur la nature et le contenu des droits qu'il convenait d'inclure dans l'instrument proposé<sup>52</sup>.

Témoignent aussi de l'apparition d'un nouveau consensus international sur les droits des peuples autochtones, et y contribuent, les résolutions et les énoncés de politiques qu'ont déjà adoptés d'importantes institutions et conférences internationales. Au sein des instances internationales, une bonne part des débats au sujet des peuples autochtones a porté sur les effets dévastateurs des projets de développement qui ont été mis en œuvre dans des secteurs traditionnellement occupés par des populations autochtones<sup>53</sup>. En 1991, en raison de son omniprésence dans le financement des projets de développement dans les pays moins développés, où vivent bon nombre des autochtones du monde, la Banque mondiale a décidé d'adopter une politique-cadre révisée<sup>54</sup>. La directive opérationnelle 4.20 a été adoptée à la suite d'une période d'étude par des experts qui a favorisé un changement d'attitude à la Banque en faveur de programmes d'action pour les peuples autochtones touchés par les projets financés par elle, mesures allant dans le sens des tendances contemporaines des idées au sujet de leurs droits<sup>55</sup>. Le propos essentiel de la directive opérationnelle 4.20 ressort dans les dispositions suivantes :

[TRADUCTION]

6. L'objectif global de la Banque en ce qui concerne les autochtones, comme pour tous les habitants de ses pays membres, consiste à s'assurer que le processus de développement favorise pleinement le respect de leur dignité, de leurs droits fondamentaux et de leur caractère unique du point de vue culturel. [...]

8. La Banque a pour politique de fonder sa stratégie de règlement des questions intéressant les peuples autochtones sur la *participation éclairée* des peuples autochtones eux-mêmes. Par conséquent, la mise en relief des préférences locales par la consultation directe, l'intégration des connaissances indigènes

aux modes de réalisation des projets et le recours dès le départ, lorsque nécessaire, à des spécialistes chevronnés sont des aspects fondamentaux de tout projet ayant un effet sur les peuples autochtones et leurs droits relatifs aux ressources naturelles et économiques. [C'est nous qui soulignons.]

En outre, l'Action 21 de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement<sup>56</sup>, un programme d'action détaillé et un énoncé de principes adoptés par la Conférence, inclut des dispositions sur les autochtones et leurs communautés. Le chapitre 26 d'Action 21 reprend certains des préceptes qui sont applicables aux droits des peuples autochtones et tente de les faire inscrire à cet ordre du jour plus vaste que sont le développement durable et l'environnementalisme mondial. Le chapitre 26 n'est pas rédigé dans des termes constitutifs d'obligations; néanmoins, il fait valoir des préceptes normatifs se rapportant aux peuples autochtones et, de ce fait, contribue à la cristallisation du consensus sur les droits des autochtones. L'essence normative du chapitre 26 ressort dans sa disposition introductive :

26.1 Les populations autochtones et leurs communautés ont un lien historique avec leurs terres et sont généralement les descendantes des habitants originaux de ces terres. Dans le contexte du présent chapitre, le terme «terres» s'entend comme comprenant l'environnement des zones occupées traditionnellement par les populations autochtones concernées. Les populations autochtones [...] ont développé au cours des générations une connaissance scientifique traditionnelle et holistique de leurs terres, de leurs ressources naturelles et de leur environnement. Les populations autochtones et leurs communautés doivent jouir pleinement des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui leur reviennent, sans entrave ni discrimination. Leur capacité de participer pleinement à des pratiques de développement durable sur leurs terres a eu tendance à être limitée par l'effet de facteurs de nature économique, sociale et historique. Vu les rapports existants entre l'environnement naturel et son développement durable et le bien-être culturel, social et physique des populations autochtones, les efforts nationaux et internationaux déployés en vue d'un développement durable et écologiquement rationnel devraient

reconnaître, intégrer, promouvoir et renforcer le rôle de ces populations et de leurs communautés.

Dans le même ordre d'idées, le Parlement européen a adopté en 1994 une résolution «sur les mesures internationales nécessaires à une protection effective des peuples indigènes<sup>57</sup>». En adoptant cette résolution, le Parlement européen, notamment :

2. déclare que [...] les peuples indigènes ont le droit d'être maîtres de leur propre destin en choisissant leurs institutions, leur statut politique et celui de leur territoire; [...]

4. réaffirme solennellement que les personnes appartenant à des peuples indigènes ont [...] droit à une vie culturelle propre [qui] passe par le droit d'utiliser et de diffuser leur langue maternelle et à voir protégés et diffusés les éléments matériels et immatériels de leur culture, ainsi qu'à voir respectés leurs rites spirituels et leurs terres sacrées; [...]

7. déclare que les peuples indigènes ont droit à la propriété communautaire de leurs terres traditionnelles en surface et en qualité suffisante pour la préservation et le développement de leurs formes particulières de vie [...]

10. demande avec la plus grande fermeté aux États qui ont signé par le passé des traités avec les peuples indigènes de respecter leurs engagements qui demeurent imprescriptibles [...]

Les instruments suivants font ressortir l'obligation plus générale qu'ont les États et la communauté internationale dans son ensemble de veiller à ce que les peuples autochtones puissent jouir pleinement de leurs droits :

- la résolution de 1973 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, selon laquelle la protection spéciale accordée aux populations autochtones est un engagement sacré de la part des États;
- le document de Helsinki 1992 — *Les défis du changement* — adopté par la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, dont une disposition précise que «les personnes

appartenant à des populations autochtones peuvent rencontrer des problèmes particuliers dans l'exercice de leurs droits»;

les articles 28 à 32 de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, adoptés en 1993 à la Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, qui appellent instamment à une plus grande attention aux problèmes des peuples autochtones à l'intérieur du système de l'ONU<sup>58</sup>.

Les déclarations que font les gouvernements à propos de politiques et de projets intérieurs pertinents devant des instances internationales qui aspirent à promouvoir les droits des peuples autochtones revêtent une importance particulière. La pratique des rapports de gouvernements sur leurs projets et politiques intérieurs est une caractéristique commune à de nombreuses instances internationales, notamment celles parrainées par les Nations Unies, devant lesquelles la question des peuples autochtones a été évoquée<sup>59</sup>.

Les déclarations écrites et verbales des rapports que font les gouvernements sur leurs projets intérieurs devant des instances internationales témoignent doublement de l'existence du droit coutumier. En premier lieu, les comptes rendus des gouvernements témoignent de tendances dans les comportements par lesquelles les paramètres de normes obligatoires peuvent être confirmées et précisées davantage, malgré la difficulté de s'entendre sur les termes normatifs précis à inscrire dans des textes écrits. En second lieu, comme les rapports sont faits devant des auditoires internationaux intéressés par la défense des droits des peuples autochtones, ils sont fortement indicatifs de sentiments d'obligation et d'attentes se rapportant aux normes qui se dessinent.

Les déclarations suivantes, faites à la Conférence mondiale de 1993 sur les droits de l'homme, à Vienne, relativement à la célébration

de l'Année internationale des populations autochtones, illustrent notre propos :

*Déclaration de la Colombie, faite au nom du Groupe de l'Amérique latine et des Caraïbes :*

[TRADUCTION] Il y a en Amérique latine un processus de reconnaissance du rôle que jouent les cultures autochtones dans la définition de notre identité, un processus qui prend la forme de mesures étatiques, par les voies constitutionnelles et législatives, pour assurer le respect des cultures autochtones, la remise des terres ancestrales, une administration autochtone de la justice et une participation à la définition des affaires publiques, surtout pour ce qui touche leurs communautés.

Dans le respect du cadre unitaire de l'État, ce processus se caractérise par la consécration, dans certaines constitutions, du caractère multiethnique de nos sociétés<sup>60</sup> [...]

*Déclaration faite au nom des délégations de la Finlande, de la Suède et de la Norvège :*

[TRADUCTION] Dans les pays nordiques, les Samis et leur culture ont apporté une contribution des plus précieuses à nos sociétés. Le renforcement de l'identité et de la culture samies est un objectif commun des gouvernements des pays nordiques. À cette fin, nous avons établi des assemblées élues, dites assemblées de Samis, pour qu'ils puissent participer au processus décisionnel dans les affaires qui les touchent. La coopération transfrontalière entre les associations samies et les administrations locales de la région s'est révélée utile à la diffusion et au développement de la culture samie<sup>61</sup>.

*Déclaration de la délégation de la Fédération de Russie :*

[TRADUCTION] Nous avons dressé un plan de travail, étape par étape [...] D'abord, nous avons élaboré le projet de loi ayant pour nom «Principes fondamentaux de la législation russe sur le statut juridique des petits peuples autochtones», que le Parlement a adopté le 11 juin 1993.

La loi en question reconnaît :

- les droits collectifs des petits peuples au sein des organes du pouvoir et de l'administration de l'État, des corps représentatifs locaux et de l'administration locale;
- des droits de propriété légitimés sur des terres et leurs ressources naturelles dans les régions où ces peuples habitent de tradition;

- des garanties pour la préservation de leur langue et de leur culture.

La prochaine étape consistera à mettre au point un mécanisme particulier pour la mise en œuvre de cette loi. Des projets de loi sont en cours de rédaction sur les communautés familiales et l'utilisation de la nature<sup>62</sup>.

Les déclarations précédentes, qui ne sont pas liées à quelque obligation conventionnelle particulière, manifestent l'existence de normes coutumières. À l'évidence, dans chacune de ces déclarations, l'acceptation tacite de certaines normes fondées sur les principes généraux des droits de la personne ressort. Et comme les développements évoqués dans ces déclarations sont objectivement vérifiables, malgré certains problèmes toujours présents dont il n'est pas question dans les rapports des gouvernements, il est évident que ces normes sous-jacentes guident bel et bien les comportements, du moins en partie. (Ou, pour reprendre l'expression de Thomas Franck, ces normes ont la caractéristique «d'attirer l'observance».)

Le Canada participe assidûment à plusieurs instances internationales sensibilisées aux revendications des peuples autochtones où il acquiesce aux normes pertinentes qui sont élaborées, quand ce n'est pas lui qui montre la voie. Le Canada prend part aux délibérations du Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones et apporte régulièrement son contingent aux travaux d'autres instances internationales saisies de la question des peuples autochtones. Il est arrivé au Canada de refuser l'emploi de termes forts pour parler de la protection des droits des peuples autochtones — ainsi, par exemple, son opposition à un emploi sans réserve du terme «autodétermination» dans le contexte des peuples autochtones. Au chapitre des concepts normatifs matériels, cependant, le Canada a fait valoir avec constance une position qui est au diapason — et parfois à l'avant-plan — du consensus qui se dégage parmi les États.

Les contours précis d'une nouvelle génération de normes coutumières internationales concernant les peuples autochtones, et liant le Canada, sont encore en évolution et demeurent quelque peu flous. Néanmoins, les éléments au cœur de ces normes trouvent une expression et une confirmation répétées dans le dialogue multilatéral approfondi et les processus décisionnels portant sur les peuples autochtones et leurs droits<sup>63</sup>. Ces éléments centraux — que fait ressortir toute observation objective de l'ensemble des déclarations faites par les États et les autres acteurs faisant autorité sur la scène internationale — constituent déjà eux-mêmes un droit coutumier cristallisé ayant force obligatoire pour les unités constitutives de la communauté mondiale en général. Ce droit coutumier international nouveau et émergent peut être résumé comme suit :

1. *L'autodétermination*. Même si plusieurs États évitent d'utiliser expressément le terme «autodétermination» dans le contexte des peuples autochtones, il est important de voir qu'au-delà des susceptibilités linguistiques il existe un consensus très largement répandu : les peuples autochtones ont le droit de continuer à exister en tant que groupes distincts et, de ce fait, de prendre en main leur propre destin dans des conditions d'égalité. Ce principe entre en jeu dans toute décision qui est susceptible d'influer sur les intérêts d'un groupe autochtone et, de façon générale, influe sur les paramètres des normes en la matière.
2. *L'intégrité culturelle*. Il n'est guère contesté aujourd'hui que les autochtones ont le droit de conserver et de développer librement leur identité culturelle distincte, dans le cadre des principes des droits de la personne généralement acceptés applicables par ailleurs. De façon générale, le concept de culture est interprété comme englobant les systèmes de parenté, la langue, la religion, le rituel, l'art et la philosophie; en outre, il est de plus en plus

admis qu'il englobe les modèles d'utilisation des terres et d'autres institutions, qui peuvent aller jusqu'à la sphère politique ou économique. De même, les gouvernements, de plus en plus, sont obligés, et s'obligent, à des devoirs positifs à cet égard.

3. *Les terres et les ressources naturelles.* En règle générale, il est reconnu que les peuples autochtones ont un droit de propriété, ou un droit d'accès et de contrôle marqué sur les terres et les ressources naturelles qui, de tradition, ont soutenu leurs économies et leurs pratiques culturelles respectives. Dans les cas où des peuples autochtones ont été dépossédés de leurs terres ancestrales ou ont perdu l'accès à des ressources naturelles par le fait de la contrainte ou par suite de fraude, la norme, pour les gouvernements, consiste à prévoir une procédure qui permet aux groupes autochtones touchés de reprendre possession de leurs terres ou d'avoir accès aux ressources nécessaires à leur subsistance et à leurs pratiques culturelles, et, quand les conditions appropriées sont réunies, d'être indemnisés.
4. *Développement et bien-être social.* En raison de phénomènes historiques qui ont fait que les autochtones se trouvent aujourd'hui parmi les plus pauvres des pauvres, on accepte généralement qu'il y a lieu d'accorder une attention particulière aux peuples autochtones sur les plans de la santé, du logement, de l'éducation et de l'emploi. Tout au moins, les gouvernements doivent prendre des mesures pour éliminer le traitement discriminatoire et les autres problèmes qui privent les membres des groupes autochtones des services sociaux dont peuvent se prévaloir les secteurs dominants de la société.
5. *L'autonomie gouvernementale.* Se gouverner soi-même est la dimension politique de l'autodétermination continue. Les éléments essentiels de la norme *sui generis* d'autonomie

gouvernementale qui se dégage dans le contexte des peuples autochtones trouvent leur fondement à la rencontre de principes largement acceptés d'intégrité culturelle et de démocratie, y compris les principes d'autonomie et d'administration locales. La norme reconnaît l'autonomie administrative ou gouvernementale locale des communautés autochtones suivant leurs formes politiques et culturelles historiques ou actuelles, tout en reconnaissant leur droit de participer réellement à toutes les décisions qui les touchent au sein des institutions gouvernementales plus vastes.

La mise en application intégrale des normes décrites plus haut, et la sauvegarde de l'exercice par les peuples autochtones de tous les droits de la personne et libertés fondamentales généralement reconnus font l'objet d'un devoir particulier de protection permanente à l'endroit des peuples autochtones. Avec une insistance renouvelée depuis quelques années, la communauté internationale continue de considérer les peuples autochtones avec une attention particulière et cherche, par la coopération, à garantir leurs droits et leur bien-être. En outre, il est de plus en plus évident que des acteurs internationaux qui font autorité attendent des États qu'ils prennent des mesures intérieures de promotion sociale, afin d'assurer la sauvegarde des droits et des intérêts des groupes autochtones à l'intérieur de leurs frontières. Tout État qui omet d'exécuter son obligation de protection à l'égard des peuples autochtones et qui permet la violation flagrante ou systématique des normes décrites brièvement plus haut, qu'on admette ou non qu'il s'agit de droit coutumier, risque d'être condamné par la communauté internationale.

Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, le discours moderne tenu sur la scène internationale à propos des peuples autochtones ne prise pas les termes «fiducie» et «tutelle». Le principe

d'aujourd'hui, le devoir particulier de protection, se démarque pour une large part du paternalisme et de l'attitude négative entretenus à l'égard des cultures non européennes que pouvait exprimer le langage de la tutelle. On fait plutôt reposer le principe sur la reconnaissance générale, à la lumière des valeurs modernes, de la condition relativement précaire des peuples autochtones, à la suite de siècles d'oppression. De plus, conformément au principe de l'autodétermination, le devoir de protection des peuples autochtones doit s'exercer d'une façon qui s'accorde avec les aspirations qu'ils formulent collectivement. Sur ce plan, nous assistons à une certaine réapparition de la doctrine de la tutelle axée sur le consentement et le protectorat, dont il a été question plus haut, mais en l'absence d'une conception de l'humanité centrée sur l'État, qui exige d'assimiler les peuples autochtones à des «nations» ou à des «États» pour qu'ils puissent être considérés comme des unités sujettes à l'autodétermination.

*Les conventions internationales auxquelles le Canada est partie*

L'obligation spéciale, le devoir particulier ou l'obligation de fiduciaire que le Canada doit remplir à l'endroit des peuples autochtones est un aspect de ses obligations à titre de partie à la Charte des Nations Unies, le traité multilatéral établissant les paramètres de l'ordre public mondial le plus important. Le principe «de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» est incorporé dans la Charte de l'ONU, et exige le respect général de tous les droits de la personne et des libertés fondamentales<sup>64</sup>. L'obligation générale qu'impose la Charte de respecter les droits de la personne est attachée à toutes les normes des droits de la personne dont le contenu acquiert la sanction générale de la communauté internationale<sup>65</sup>. Comme l'évolution des choses le montre, les normes relatives aux peuples autochtones relèvent des droits de la

personne généralement reconnus aujourd'hui dans leurs éléments essentiels.

Le Canada est partie à d'autres conventions ou traités internationaux qui précisent la nature de son obligation internationale à l'égard des peuples autochtones. Il est partie aux principales conventions du monde portant sur les droits de la personne, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>66</sup>. Ces instruments, entre autres, établissent les normes générales applicables en matière de droits de la personne, normes qui imposent au Canada des obligations à l'égard de tous ceux qui relèvent de la sphère de compétence qu'il s'est attribuée, y compris, mais non particulièrement, les peuples autochtones.

L'article premier commun du Pacte relatif aux droits sociaux, économiques et culturels et du Pacte relatif aux droits civils et politiques, proclame que «tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes». Le Canada, et d'autres gouvernements, ont eu tendance à refuser de considérer cette disposition comme applicable aux peuples autochtones en raison de certaines susceptibilités et d'une confusion au sujet de ses conséquences extrêmes. Cependant, selon la doctrine de la très grande majorité des auteurs, la disposition commune aux deux pactes relative à l'autodétermination contraint les États parties à remplir certaines obligations à l'égard des peuples autochtones<sup>67</sup>.

C'est manifestement le point de vue qu'adopte le Comité des droits de l'homme des Nations Unies [ci-après dénommé le Comité des droits de l'homme ou encore, le Comité], qui est chargé de veiller au respect du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et les États parties à ce pacte adhèrent de plus en plus à ce point de vue. Lors de l'examen des rapports que les gouvernements doivent présenter

conformément au Pacte, le Comité des droits de l'homme a considéré certaines questions de participation politique, de droits culturels collectifs et de droits relatifs à l'autonomie comme tombant sous les prises du droit à l'autodétermination de l'article premier<sup>68</sup>. (Comme il est indiqué plus bas cependant, le Comité a jugé que l'article premier n'était pas de sa compétence d'instruction des plaintes portées aux termes du premier Protocole facultatif se rapportant à ce pacte.) Dans le résumé de son commentaire de 1992 sur le troisième rapport périodique du gouvernement de Colombie, le Comité s'est dit satisfait des progrès évoqués par ce gouvernement vers la réalisation de l'autodétermination dus aux efforts qu'il avait faits pour établir les libertés démocratiques et la pleine égalité des minorités<sup>69</sup>. Relativement aux obligations établies à l'article premier du Pacte, le gouvernement colombien a fait état de réformes, notamment constitutionnelles, dont celles qui avaient pour but de «permettre aux secteurs moins favorisés d'exercer une influence sur la vie politique nationale<sup>70</sup>». Le gouvernement américain est allé encore plus loin dans son rapport de 1994 au Comité. Il a longuement traité des droits et du statut des Amérindiens au titre du droit à l'autodétermination de l'article premier<sup>71</sup>. Les États-Unis ont fait mention, entre autres, des droits se rapportant aux capacités d'autonomie des tribus indiennes et de contrôle de leur développement économique et culturel. Les rapports de la Colombie et des États-Unis peuvent être critiqués pour avoir glissé sur certaines controverses actuelles, ils n'en sont pas moins une manifestation de l'étendue du champ d'application qui est reconnu à l'article premier.

L'article 27 du même pacte est également pertinent. Il reconnaît que les personnes appartenant à «des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques [...] 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». Dans le cas particulier des peuples autochtones, le Comité des droits de l'homme a interprété l'article 27 de manière à englober tous les aspects de la culture d'une collectivité, la culture recevant une définition large, comprenant les institutions économiques ou politiques, les modèles d'utilisation des terres, de même que la langue et les pratiques religieuses. Cette interprétation large transparaît dans les délibérations du Comité et dans ses observations sur les rapports des États. Au sujet du rapport du Canada de 1991, par exemple, le Comité a examiné toute une série de questions concernant les peuples autochtones canadiens dans le contexte de l'article 27, notamment les négociations au sujet de l'autonomie gouvernementale avec les communautés indiennes, les revendications territoriales, les droits issus de traités, la révision de la *Loi sur les Indiens*, la représentation parlementaire et le règlement de conflits mettant en cause le peuple mohawk<sup>72</sup>.

Autre élément qui vient éclairer la portée de l'article 27 : les décisions du Comité prises dans l'exercice de sa compétence d'instruction des plaintes portées pour violation du Pacte en application du Premier protocole facultatif se rapportant au Pacte. Dans l'affaire *Ominayak c. Canada*, le Comité a interprété les garanties relatives aux droits culturels de l'article 27 comme s'étendant aux «activités économiques et sociales» sur lesquelles reposait la bande des indiens Cris du lac Lubicon en tant que collectivité<sup>73</sup>. Par conséquent, le Comité a constaté que le Canada avait violé son obligation aux termes de l'article 27 en permettant au gouvernement albertain d'accorder des concessions pour l'exploration pétrolière et gazière ainsi que l'exploitation forestière sur le territoire autochtone de la bande. Le Comité a retenu que la survivance de la bande en tant que communauté culturelle distincte était liée à la subsistance que lui assurait la terre. Pour des motifs tenant purement à la compétence, le Comité a refusé de statuer en l'espèce en se fondant sur le droit à l'autodétermination

consacré par l'article premier. Il a constaté que sa compétence, en vertu du Protocole facultatif, se limitait à l'instruction des plaintes portées par des *individus*, alléguant qu'avaient été commises des violations des droits *individuels* énoncés dans le Pacte; par conséquent, il ne pouvait connaître au fond d'une plainte portée sur le fondement du droit à l'autodétermination de l'article premier, lequel est un droit des «peuples». Le Comité a constaté néanmoins qu'il est tout à fait loisible à un groupe d'individus, qui prétendent être touchés de la même façon par un acte quelconque, de présenter collectivement une communication concernant la violation prétendue de leurs droits<sup>74</sup>. Ainsi le Comité parvint à connaître de l'affaire au fond, en vertu de l'article 27, et à traiter de l'ensemble des problèmes soulevés dans les allégations de fait originelles de la bande du lac Lubicon du point de vue des présupposés normatifs prédominants favorables à l'intégrité et à la survivance des peuples autochtones et de leurs cultures<sup>75</sup>.

L'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques prévoit que «les *personnes* appartenant à ces minorités [minorités ethniques, religieuses ou linguistiques] ne peuvent être privées du droit ...» Les droits y sont donc associés aux *personnes* plutôt qu'aux groupes eux-mêmes. Toutefois, il est évident que l'article 27, dans son application pratique, protège les intérêts du groupe aussi bien que ceux des individus en matière d'intégrité culturelle. Comme l'affaire des Cris du lac Lubicon le montre, les droits associés à une culture autochtone, dont les droits liés aux terres et aux richesses naturelles, ont surtout un sens dans un contexte collectif. Il serait impossible ou futile pour un autochtone en particulier d'être l'*unique* participant d'un régime foncier et de ressources collectives autochtone, d'être l'unique partie dans un système autochtone traditionnel de résolution de conflits ou d'être l'unique locuteur d'une langue autochtone, ou encore d'être l'unique

participant à une cérémonie religieuse collective<sup>76</sup>. Cette façon de voir est sous-entendue dans l'article 27 lui-même, lorsqu'il reconnaît les droits qu'ont les personnes d'avoir, «*en commun* avec les autres membres de leur groupe», leur propre vie culturelle. La culture est habituellement le fruit d'une collectivité et, de ce fait, l'affirmation d'une pratique culturelle est une affirmation de la collectivité à laquelle elle est associée.

Inversement — et l'article 27 l'exprime plus clairement —, l'individu est, de son propre chef, un important bénéficiaire de l'obligation de défense de l'intégrité culturelle par les États parties. Les rapports entre l'individu et le droit de la collectivité à l'intégrité culturelle ont été signalés par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans l'affaire Sandra Lovelace. M<sup>me</sup> Lovelace, née indienne, membre d'une bande, sur la réserve Tobique, au Nouveau-Brunswick, a contesté l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, qui privait toute Indienne qui épousait une autre personne qu'un Indien du statut d'Indienne et des avantages qui y étaient associés. La Loi ne s'appliquait pas de la même façon aux Indiens (aux hommes). Comme elle avait épousé une autre personne qu'un Indien, l'alinéa 12(1)b) refusait à M<sup>me</sup> Lovelace le droit de résider sur la réserve Tobique. Elle a allégué violation de diverses dispositions du Pacte, dont les articles proscrivant la discrimination sexuelle, mais le Comité a considéré l'article 27 comme étant celui qui s'appliquait le plus directement à son cas. Tranchant en sa faveur, le Comité a constaté que «Sandra Lovelace s'est trouvée en fait empêchée, et continue de l'être, d'exercer le droit de vivre dans son milieu culturel et d'employer sa propre langue "en commun avec les autres membres" de son groupe car il n'existe un tel groupe nulle part ailleurs que dans la réserve Tobique<sup>77</sup>».

Si l'affaire Lovelace a servi à mettre en valeur les droits individuels, la décision du Comité des droits de l'homme dans l'affaire

*Kitok c. Suède* montre que l'obligation pour un État d'assurer la survivance culturelle d'un groupe peut avoir préséance<sup>78</sup>. M. Ivan Kitok avait contesté la Loi suédoise sur l'élevage du renne, qui réserve les droits à cet égard aux seuls membres des villages samis. S'il demeurait un Sami du point de vue ethnique, Ivan Kitok avait néanmoins perdu le droit d'appartenir à son village ancestral, et le village avait refusé de le réintégrer. Le Comité des droits de l'homme a reconnu que l'élevage du renne, même s'il s'agit là d'une activité économique, représente un élément essentiel de la culture samie. Le Comité a constaté que les droits de M. Kitok en vertu de l'article 27 du Pacte n'avaient pas été violés, même si la loi suédoise limitait sa participation à la vie culturelle samie. Il a conclu que la loi était justifiée puisqu'elle s'avérait un moyen d'assurer la viabilité et le bien-être des Samis dans leur ensemble.

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, une autre convention sur les droits de la personne à laquelle le Canada est partie, est une autre source d'obligations juridiques pertinentes. En plus d'énoncer des normes matérielles se rapportant au principe de non-discrimination, la Convention institue le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, chargé d'évaluer si les normes établies sont respectées. À l'instar du Comité des droits de l'homme, ce comité se penche périodiquement sur les rapports des gouvernements concernant les droits des peuples autochtones. Il a été saisi de questions intéressant les peuples autochtones dans le cadre général du principe de non-discrimination, qui se fait sentir dans toute la Convention, et non quant à l'un des articles particuliers régissant l'examen par le Comité des rapports périodiques exigés des gouvernements. Dans ce cadre général, le Comité a agi pour une bonne part à la manière du Comité des droits de l'homme et a, de fait, promu l'intégrité et la survivance des

collectivités autochtones, en accord avec l'évolution actuelle des présupposés normatifs. Comme il ressort des résumés publiés des rapports et des observations des pays, le Comité a examiné et évalué toute une série de questions correspondant à des revendications des groupes autochtones<sup>79</sup>. Ses demandes d'éclaircissements démontrent qu'il attend des gouvernements qu'ils prennent des mesures concrètes pour sauvegarder les droits des peuples autochtones conformément à leurs obligations en vertu de la Convention, et qu'ils fassent état de façon relativement détaillée de ces mesures dans leurs rapports périodiques obligatoires<sup>80</sup>.

En somme, le Canada a l'obligation de reconnaître les droits des peuples autochtones du fait qu'il est partie à plusieurs conventions internationales. La nature de cette obligation de droit conventionnel peut être considérée comme correspondant à l'essentiel de la Convention n° 169 de l'OIT et aux normes coutumières qui se sont développées au cours des dernières années en réponse aux revendications des peuples autochtones.

### **Conclusion**

Le droit international impose aux États un devoir de protection permanent, ou obligation de fiduciaire, à l'endroit des peuples autochtones. Cette obligation repose sur des éléments jurisprudentiels de longue date et des processus décisionnels apparus avec l'évolution du droit international au fil des siècles. Aujourd'hui, toutefois, les paramètres normatifs de cette obligation trouvent leur expression dans une génération nouvelle et révisée de normes internationales, dont celles qui sont énoncées dans la Convention n° 169 de l'OIT, et celles qui peuvent être discernées sous forme d'un nouveau droit coutumier, en voie d'émergence. Le Canada n'est pas partie à la Convention n° 169, mais il est lié par le droit international coutumier. La nature de

l'obligation internationale du Canada à l'égard des peuples autochtones est aussi fonction des obligations du Canada en vertu de la Charte des Nations Unies et des conventions internationales sur les droits de la personne auxquelles il est partie. Globalement, l'obligation de fiduciaire contemporaine du Canada en droit international coutumier et conventionnel lui impose de veiller à ce que les peuples autochtones aient la pleine et entière jouissance des droits de la personne et, plus particulièrement, de leurs droits à l'autodétermination, à l'intégrité culturelle, à la propriété ou au contrôle de leurs terres ancestrales et de leurs ressources, au bien-être social et au développement, et à l'autonomie gouvernementale.

**PARTIE II**  
**Pertinence du droit à l'autodétermination des peuples**  
**en droit international,**  
**à l'égard des obligations de fiduciaire du Canada**  
**envers les peuples autochtones du Québec**  
**dans le contexte d'une éventuelle souveraineté**

par Richard Falk

Nous examinerons dans la présente étude la portion des obligations de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones qui dérive du droit international, complétant ainsi — et limitant peut-être en même temps — les obligations de fiduciaire résultant des fondements juridiques canadiens, qu'ils soient de nature constitutionnelle, législative ou judiciaire. Nous présumons pour les besoins de notre analyse que le gouvernement du Canada tient à respecter le droit international pour définir sa politique au sujet des peuples autochtones, en ce qui a trait tout particulièrement au respect des droits juridiques que leur accorde le droit international<sup>81</sup>.

Il est possible d'aller plus loin. Le gouvernement du Canada a l'obligation juridique de reconnaître ces droits, ce qui fait partie de son obligation plus générale de respecter le droit international. Il n'a pas à s'engager à ratifier les traités internationaux ou à les adopter sur le plan interne, mais il doit appliquer la portion du droit international qui a été acceptée conformément aux pratiques constitutionnelles canadiennes, de même qu'aux règles et aux normes du droit international coutumier. La pertinence de cet engagement revêt une grande importance pour l'analyse qui suit, et en fournit les assises. Il ne s'agit pas du tout d'une question controversée en soi, mais c'est souvent ainsi qu'elle apparaît parce qu'elle s'amalgame à une autre question, à savoir l'identification des normes et des règles à inclure dans le corps du droit international

coutumier. En ce qui a trait notamment au respect des droits de la personne et à l'autodétermination, un domaine où l'évolution est très rapide, il existe actuellement une forte controverse quant à savoir s'il faut considérer que telle ou telle revendication mérite une protection *juridique*, par opposition à une sympathie morale ou à un appui politique.

Cette question est cruciale, et il faut absolument la poser au sujet des droits et des revendications des peuples autochtones du Canada — surtout ceux qui habitent en totalité ou en partie à l'intérieur de la province de Québec — puisque ces droits et revendications ont une incidence sur la controverse entourant la possible accession du Québec à la souveraineté, en tant qu'État séparé. Essentiellement, la question sous-jacente est la suivante : les peuples autochtones ont-ils le droit à l'autodétermination en vertu du droit international coutumier, et si oui, quelles sont les conséquences précises de ce droit pour déterminer les relations futures entre le Québec et le gouvernement du Canada? Il convient de noter que cette interrogation présuppose que la question n'est pas résolue explicitement par traité, bien que le Canada soit signataire des pactes de 1966 sur les droits de la personne, dont l'article premier, qui leur est commun, confère à tous les peuples le droit à l'autodétermination<sup>82</sup>. Quant aux textes précis portant sur les droits ancestraux, le Canada n'en est pas officiellement signataire, ce qui oblige à se demander si les normes contenues dans ces textes ont été incorporées au droit international coutumier et si, par ce biais, elles sont maintenant obligatoires pour le gouvernement du Canada. Nous ne cherchons pas à établir ici si le Canada a reconnu ces droits à ses peuples autochtones par des initiatives qu'il aurait prises lui-même sur le territoire intérieur, bien que plusieurs auteurs semblent croire que c'est le cas à des degrés divers<sup>83</sup>.

Nous avons plutôt choisi d'analyser le droit international *coutumier* naissant en ce qui concerne les peuples autochtones et plus particulièrement le droit à l'autodétermination. Cette analyse se fondera sur le plan structurel suivant :

1. un bref aperçu de l'histoire et de l'évolution des fondements juridiques relatifs au droit à l'autodétermination;
2. un examen des efforts déployés par les peuples autochtones pour susciter l'élaboration d'un droit international adapté à leurs valeurs et à leurs revendications, et sensible à leurs griefs;
3. une évaluation des conséquences juridiques de ces efforts, compte tenu surtout des événements survenus en Europe depuis 1989 et du rapport Pellet;
4. une analyse visant à déterminer si les peuples autochtones du Québec possèdent le droit à l'autodétermination en vertu du droit international coutumier et, si oui, quelles pourraient être les répercussions de ce droit sur les visées séparatistes du Québec et, plus précisément, sur la façon dont le gouvernement du Canada doit s'acquitter de ses obligations de fiduciaire.

### **Historique et évolution du droit à l'autodétermination en droit international**

C'est vers la fin de la Première Guerre mondiale que le droit à l'autodétermination est devenu un élément important de la vie internationale. Il a pris naissance sous deux formes préfigurant, quant au fond, la rivalité idéologique entre l'Est et l'Ouest qui devait dégénérer en guerre froide quelques décennies plus tard. La version la plus radicale en a été énoncée avant la Révolution bolchevique par Lénine qui, dans ses écrits révolutionnaires, affirmait que l'autodétermination était une condition indispensable à la paix dans le monde et que ce droit devait s'appliquer sans réserve aux peuples non européens maintenus sous la botte de

l'ordre colonial. D'après Lénine, la «libération de toutes les colonies», la «libération de tous les peuples dépendants, opprimés ou lésés dans leurs droits» était nécessaire au maintien de la paix internationale<sup>84</sup>.

La version plus modérée du droit à l'autodétermination, qui a marqué davantage l'évolution subséquente de ce droit, est bien sûr celle que prônait Woodrow Wilson, en particulier dans les 14 points qu'il énonçait en 1918 pour résumer l'attitude américaine au sujet du processus de paix. Selon Wilson, le principe de l'autodétermination devait s'appliquer immédiatement et sans condition aux peuples de l'Europe, particulièrement à ceux qui avaient été sous la férule de l'Empire ottoman et, dans une moindre mesure, de l'Empire austro-hongrois. Wilson prévoyait également, mais de façon ambiguë et mitigée, que l'autodétermination devait avoir une application incertaine et éventuelle à l'extérieur de l'Europe. Le cinquième qu'il énonce précise cet aspect de sa pensée :

Libre arrangement, dans un esprit large et absolument impartial de toutes les revendications coloniales, basé sur le strict principe qu'en fixant toutes les questions de souveraineté, les intérêts des populations intéressées devront avoir un poids égal à celui des demandes équitables du gouvernement dont le titre doit être déterminé.

Le secrétaire d'État américain de l'époque, Robert Lansing, apparemment troublé par les implications plus vastes de l'énoncé de Wilson et, dans un effort pour se démarquer des opinions de Lénine, essaya d'associer les vues de Wilson à la promotion de l'autonomie gouvernementale à l'intérieur de l'ordre colonial, et non à un appel à la dissolution de cet ordre lui-même, perspective qui aurait été dangereuse selon lui pour «la stabilité du monde futur<sup>85</sup>». Cette restriction se trouve d'ailleurs également dans le refus très ferme opposé par Wilson, à Versailles, à toute rencontre avec les représentants des

mouvements anticolonialistes d'indépendance nationale, dont le jeune Hô Chi Minh.

En fait, comme nous le savons maintenant, c'est la version restrictive de l'autodétermination, prônée par Wilson, qui l'a emporté tout d'abord. Les puissances coloniales ont conservé leurs colonies et ont même réussi à s'assurer un contrôle considérable sur de nouveaux peuples grâce au régime des mandats qui avait été établi parallèlement à la création de la Société des Nations et qui incorporait les anciennes colonies des pays perdants de la Première Guerre mondiale. Ce régime de mandats reposait sur une fiction plutôt vague, fondée sur la pratique, selon laquelle les États chargés de l'administration de ces mandats devaient rendre compte à la Société du bien-être des peuples visés, en vertu de leur «mission sacrée de civilisation», une idée exprimée à l'article 22 du Pacte; les pouvoirs opérationnels étaient dévolus à la puissance coloniale, le langage paternaliste employé pour insister sur l'obligation de promouvoir le bien-être des populations ne signifiait souvent pas grand-chose dans la pratique, malgré un engagement à favoriser l'indépendance des peuples sous mandat, et il existait des différences très nettes dans la conception juridique des trois catégories de mandats, ceux de la catégorie A étant considérés comme temporaires et devant faire place avec le temps à l'indépendance politique des peuples visés.

Avec le recul, il semble évident que le modèle prôné par Wilson, à savoir une autodétermination accordée de l'extérieur, n'avait qu'une application limitée, tandis que l'approche léniniste a fini par justifier la généralisation du nationalisme anticolonialiste qui devait balayer la planète après la Seconde Guerre mondiale. Au fond, malgré tous les efforts pour mettre au point une définition de l'autodétermination qui ne bouleverserait pas l'ordre établi, l'idée elle-même était subversive et s'attaquait à la légitimité de tous les arrangements politiques intervenus

entre peuples distincts sans consentement véritable et durable. C'est cet élément de subversion qui a fait son chemin dans l'histoire des relations internationales pendant tout le reste du siècle, donnant au droit à l'autodétermination un contenu variable et de plus en plus vaste, que ce droit soit considéré par rapport à l'identité des populations qui le réclament ou à la portée des revendications présentées.

À la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'opposition entre les vues léninistes et wilsoniennes s'est fait sentir de nouveau. L'Union soviétique défendait les éléments de la société internationale qui menaçaient l'ordre colonial. Les puissances européennes, bien qu'affaiblies par les ravages de la guerre, demeuraient quant à elles résolues à conserver leurs colonies, par la force au besoin. Les États-Unis avaient choisi une position mitoyenne, s'alliant à bien des égards aux puissances coloniales malgré leurs affinités idéologiques avec les revendications des peuples en quête d'indépendance, en partie en raison de leur propre héritage historique. La Charte des Nations Unies consacrait ce compromis dans l'énoncé de ses principes fondamentaux, et notamment dans le libellé de l'article 1.2 : «Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes<sup>86</sup> [...]» Il convient de noter que la Charte présente délibérément l'autodétermination comme un principe plutôt qu'un droit. C'est seulement plus tard, dans le contexte des droits de l'homme et dans celui de la décolonisation, que la terminologie officielle de l'ONU a confirmé le *droit* des peuples à l'autodétermination. On peut soutenir que cette distinction ne porte pas à conséquence comme principe du droit international, dans la mesure où elle existe, où elle implique l'existence de droits et d'obligations nécessaires pour en assurer l'application ou, à tout le moins, prévoit que ces droits seront précisés au moment opportun.

Les limites envisagées pour l'application du principe de l'auto-détermination sont encore plus évidentes si l'on se rapporte au chapitre XI de la Charte, qui porte sur les «territoires non autonomes». D'un côté, l'article 73 confirme la «primauté» du bien-être des populations de ces territoires, mais son application est laissée essentiellement à la discrétion de l'État chargé de les administrer; dans tous les cas, il s'agit d'un État européen ou nord-américain (exception faite de l'Afrique du Sud, en tant qu'entité géographique, plutôt que politique ou ethnique). Le principal engagement, exprimé à l'article 73b), consiste à aider ces populations à «développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes», mais pas nécessairement à atteindre l'indépendance nationale. L'article 76b) prévoit certes «le progrès [...] des populations des territoires sous tutelle (et) leur évolution progressive vers la capacité à s'administrer eux-mêmes ou l'indépendance, compte tenu des conditions particulières à chaque territoire et à ses populations, des aspirations librement exprimées des populations intéressées [...]», mais là encore, le contenu de cette norme est ambigu, paternaliste en ce qui concerne l'administration et subversif en ce qui a trait aux aspirations. Ce concept de mission sacrée, dans la pratique des Nations Unies, ne semble pas avoir de lien direct avec les droits et la situation des peuples autochtones du Canada, puisque ces peuples n'ont jamais été traités comme le prévoit la Charte des Nations Unies et que leurs représentants n'ont jamais fait valoir l'existence d'une mission sacrée de cette nature. Ce concept est peut-être lié indirectement à l'idée d'obligation de fiduciaire puisque les peuples autochtones du Canada sont, à des degrés divers, des peuples dépendants cherchant notamment des modalités efficaces d'autonomie gouvernementale, une quête que reconnaît de plus en plus la pratique canadienne, bien qu'on n'y ait pas encore trouvé de réponse tout à fait satisfaisante, comme nos collègues l'ont montré dans le volume 2 de

cette étude (*Dimension intérieure*), consacré aux questions constitutionnelles.

Le droit à l'autodétermination s'est développé sur trois plans distincts, qui se chevauchent souvent, qui ont parfois une importance inégale et qui peuvent entraîner une certaine confusion : ceux de la morale, de la politique et du droit. En fait, l'incorporation de l'autodétermination dans le droit international a toujours été en retard sur les pressions des défenseurs de ce principe (le débat moral) et sur la pratique (l'expérience politique). Les événements qui se sont produits depuis le début du siècle n'ont pas toujours pointé dans le même sens, en ce qui concerne la réalité multiple de l'autodétermination, mais leur effet cumulatif favorise la reconnaissance juridique de ce droit et son application dans des situations plus nombreuses. Cette généralisation s'explique par trois séries de facteurs :

- l'affaiblissement de la capacité des puissances coloniales européennes par suite des deux guerres mondiales;
- la montée d'une idéologie du nationalisme, renforcée par la perspective démocratique fondamentale selon laquelle les modalités de gouvernement, pour être légitimes, doivent reposer sur un véritable consentement et une participation pleine et entière des citoyens;
- l'appui idéologique et diplomatique inconditionnel accordé aux luttes anticolonialistes par l'Union soviétique et ses alliés après 1945 et la crainte, exprimée par les États-Unis, que l'Ouest y perde sur le plan géopolitique dans le Tiers Monde en liant sa destinée à la défense de l'ordre colonial.

Sur cet arrière-plan, la dynamique de la décolonisation a élargi graduellement la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination qui semblait de plus en plus à ce que Lénine avait en tête bien des années auparavant. Le moment décisif dans la consécration de ce droit a

été l'adoption, en 1960, de la fameuse Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux peuples coloniaux, par résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>87</sup>. La pensée exprimée par la résolution 1514 demeure importante pour comprendre les luttes postcoloniales plus récentes en ce qui concerne l'application du droit à l'autodétermination, bien que ce texte ne vise pas à préciser le contenu juridique de ce droit, ni à déterminer les circonstances et les limites de son application<sup>88</sup>.

Le préambule de la Déclaration contient toute une liste de considérations qui en étaient venues, en 1960, à exprimer l'essence du mouvement anticolonialiste. Le texte reconnaît que les peuples du monde désirent ardemment l'élimination du colonialisme dans toutes ses manifestations, que le processus de libération est irrésistible et irréversible et qu'il faut mettre fin au colonialisme. Il est particulièrement intéressant de noter, pour les besoins de la Commission, que cette déclaration sur l'anticolonialisme inclut des considérations plus générales englobant tous les peuples dépendants et l'octroi, à ces peuples, d'une souveraineté permanente sur leurs richesses et leurs ressources naturelles<sup>89</sup>.

La façon dont le droit à l'autodétermination est abordé dans la Déclaration est fort instructive, parce que celle-ci tente en même temps de confirmer ce droit par rapport au colonialisme et d'en dénier toute application plus générale, compte tenu du rapport entre ce droit et la série de revendications encore plus importantes associées à l'intégrité territoriale des États souverains existants et en devenir. L'article (2) du dispositif de la Déclaration se lit comme ceci :

Tous les peuples ont le droit de libre détermination; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.

On ajoute à l'article (3) que «[l]e manque de préparation dans les domaines politique, économique ou social ou dans celui de

l'enseignement ne doit jamais être pris comme prétexte pour retarder l'indépendance». Ces affirmations sont ensuite mitigées par la mention d'une notion aujourd'hui familière, celle de l'intégrité territoriale des États existants, à l'article (6) :

Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies.

Cette approche a trouvé son point culminant dans l'adoption, en 1970, de la résolution 2625 de l'Assemblée générale sur la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales entre les États; cette déclaration consacrait le principe de l'autodétermination (lié à la notion de «droits égaux des peuples») en tant que norme constitutive de l'ordre international à l'époque de la guerre froide<sup>90</sup>.

L'Afrique a appuyé cette approche dans les années 60, la grande décennie de la décolonisation, par l'entremise de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA). Dans une résolution adoptée en 1964, dont elle a souvent réitéré le contenu par la suite, l'OUA reconnaissait que les frontières coloniales, même si elles étaient arbitraires, devaient servir de point de départ pour la délimitation d'États souverains en Afrique lorsque ces pays auraient leur indépendance. En fait, le consensus africain sur l'autodétermination, qui niait tout droit de sécession à ceux qui présentaient des revendications à caractère ethnique ou tribal, a conduit à un résultat équivalent à l'*uti possidetis*. Rosalyn Higgins dit, au sujet de cette évolution, que la position de l'OUA n'assure pas de fondement juridique à l'*uti possidetis*, mais qu'elle reflète l'acceptation, en Afrique, d'une norme sous-jacente représentant un engagement à l'égard de l'intégrité territoriale et à la stabilité internationale<sup>91</sup>.

Mais, comme le reconnaît Higgins, les choses ne sont pas aussi simples. Le droit à l'autodétermination a également fini par devenir une préoccupation prépondérante dans le domaine des droits de la personne, dans

des contextes qui n'ont aucun rapport avec la décolonisation. Elle tente de résoudre cette tension en faisant référence à la façon dont la Cour internationale de Justice a traité cette relation dans l'affaire *Mali-Burkina Faso*, se fondant sur une affirmation du professeur Georges Abi-Saab, le distingué Juge ad hoc du Mali, selon laquelle l'exercice de l'autodétermination est en réalité un mirage si les frontières ne sont pas stables, les bouleversements n'étant pas favorables au respect des droits de la personne<sup>92</sup>.

Malheureusement, cette résolution n'est pas parfaitement convaincante lorsqu'on cherche à la généraliser. Elle n'est concluante que dans quelques cas précis. À certains endroits, il semble évident qu'on ne peut mettre fin aux bouleversements et rétablir la stabilité qu'en modifiant les frontières existantes. Les efforts pour maintenir une structure de domination abusive pour éviter l'indépendance reposent souvent sur un déni systématique des droits de la personne, comme cela s'est produit au Tibet et au Timor oriental (annexé de force à l'Indonésie en 1975). Ce qui pouvait sembler convaincant en Afrique, à l'époque de la décolonisation, semble plus problématique 30 ans plus tard, du moins en tant que principe immuable. Nous ajouterons également un commentaire étroitement lié à cette observation de nature politique, à savoir que les contours du droit à l'autodétermination ne sont pas coulés dans le béton d'une doctrine juridique rigide, mais qu'ils ont constamment évolué en réponse à la pression des événements, compte tenu du climat moral et politique de l'heure, et selon les particularités de chaque cas.

Reflétant en cela la force du mouvement anti-apartheid et la répulsion générale suscitée par le racisme, la Déclaration relative aux relations amicales va plus loin que la résolution 1514, en élargissant la portée de l'autodétermination d'une façon qui n'avait pas été prévue au départ. Encore une fois, le langage utilisé dans la Déclaration est

instructif pour comprendre l'évolution expansionniste du droit à l'autodétermination. Le principe de l'intégrité territoriale y est réaffirmé, mais de façon plus conditionnelle. On y insiste sur le fait que le droit à l'autodétermination ne doit pas

[TRADUCTION] être interprété de façon à autoriser ou à encourager toute mesure visant à détruire ou à affaiblir, en tout ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants qui se comportent conformément aux principes de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples [...] et qui sont dotés par conséquent d'un gouvernement représentant l'ensemble de la population du territoire, sans distinction fondée sur la race, les convictions ou la couleur.

Ce qui est important dans cet extrait, c'est qu'il révèle une réceptivité potentielle aux revendications portant sur l'autodétermination et qu'il semble permettre des échappatoires à cet égard, ce qui n'est pas vraiment conciliable avec la primauté inconditionnelle accordée jusque-là à l'intégrité territoriale et à l'unité politique.

La lutte pour l'autodétermination a toujours eu une deuxième dimension, non pas celle de la lutte collective pour l'indépendance nationale, mais celle du combat des individus et des groupes pour faire respecter leurs droits fondamentaux. Dans ce dernier cas, l'exercice du droit à l'autodétermination n'implique pas nécessairement, comme dans le contexte anticolonialiste, une insistance sur l'exercice potentiel de droits associés à l'accession à la souveraineté. Cette distinction a suscité des discussions sur l'autodétermination «interne», qui serait appropriée pour la protection des droits des minorités et qui consisterait à éviter toute politique de discrimination ou d'exclusion fondée sur la race et la religion. Mais ce concept implique également, dans le cas des groupes, un lien entre les mouvements de peuples distincts pour obtenir l'autonomie culturelle et politique et le droit à l'autodétermination<sup>93</sup>. Il est toutefois impossible de concevoir l'autodétermination de façon aussi limitative à partir de l'interprétation la plus simple du texte de l'article

premier des deux pactes relatifs aux droits de la personne, puisque cet article affirme l'existence de ce droit sans limiter son exercice de quelque façon que ce soit. Il est impossible également de restreindre de façon convaincante la portée de ce droit en fonction de l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, selon lequel les personnes appartenant à des «minorités ethniques, religieuses ou linguistiques» ne doivent pas «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». Supposons qu'après des décennies de répression et de souffrance, un peuple demande la sécession comme fondement de l'exercice de son droit à l'autodétermination. Pourrions-nous affirmer de façon concluante, compte tenu de la doctrine et de la pratique existantes en droit international, que cette demande est inacceptable? Nous sommes d'avis qu'il est impossible d'en arriver à une conclusion aussi inflexible et qu'il faudrait évaluer le bien-fondé de cette demande dans son contexte. Le droit semble clair, mais les apparences sont trompeuses, malgré ce qu'insistent pour dire ceux qui continuent à se fonder sur une interprétation prudente de la Déclaration relative aux relations amicales, ainsi que sur certaines des conclusions et des déclarations plutôt accessoires de la Cour internationale de Justice, surtout dans l'affaire du *Sahara occidental*<sup>4</sup>.

À cet égard, notre position se rapproche de celle que le juge Hardy Dillard exprimait dans son opinion personnelle au sujet de l'affaire du *Sahara occidental*, dans la phrase suivante, maintes fois citée : «c'est la population qui détermine le destin du territoire et non l'inverse» (p. 122). Rosalyn Higgins critique l'orientation du juge Dillard à cet égard, en démontrant clairement que la Cour n'a confirmé la pertinence du droit à l'autodétermination qu'après avoir conclu que le Sahara occidental devrait être considéré comme une possession coloniale

espagnole ayant une identité distincte, et non comme une entité appartenant aux États souverains du Maroc ou de la Mauritanie. Cette évaluation semble tout à fait raisonnable dans le cadre restreint du conflit relatif au Sahara occidental, mais l'interprétation juridique proposée par le juge Dillard au sujet du contenu variable du droit à l'autodétermination est non seulement juste, mais prophétique.

Les textes de droit international reflètent deux tendances évidentes allant dans des directions opposées : la première consiste à limiter l'expansion du droit à l'autodétermination en insistant sur la pertinence de l'unité territoriale des États existants, toujours applicable comme limite inconditionnelle à l'exercice de ce droit; la deuxième tend à valider la pratique récente qui a entraîné le démantèlement de certains États, selon une approche juridique nouvelle qui reconnaît l'incertitude relative à la nature et à la portée de ce droit, tout en tenant compte du fait que les entités qui faisaient anciennement partie de l'Union soviétique et de la Yougoslavie ont obtenu la reconnaissance diplomatique et ont été admises aux Nations Unies<sup>95</sup>.

Pour justifier sa persistance à défendre une vision plus restrictive de l'autodétermination, Rosalyn Higgins écrit que la longue lutte pour faire reconnaître le caractère juridique de ce droit doit maintenant faire face à un nouveau danger : celui de devoir répondre à tous les besoins pour tout le monde<sup>96</sup>. Pourtant, toute l'histoire du droit à l'autodétermination est une suite d'adaptations à l'évolution des luttes menées par des peuples, dans des situations tout à fait différentes, pour prendre véritablement leur propre destinée en main. Pendant un certain temps, les États s'étaient entendus pour dire que l'autodétermination n'aurait pas d'implications sécessionnistes, sauf dans le contexte colonial. Cette attitude était acceptable pour l'Union soviétique, qui reconnaissait qu'il pourrait être explosif d'encourager les nations captives vivant dans les limites de son territoire souverain, ou les peuples captifs faisant partie

du bloc soviétique, à affirmer leur droit à l'indépendance. En même temps, les anciens peuples coloniaux étaient généralement d'accord pour dire que l'examen des frontières coloniales en vue de leur éventuel remaniement constituerait une invitation ouverte aux dissensions politiques et aux conflits généralisés, surtout en Afrique. En outre, les États-Unis et certains autres pays de l'hémisphère occidental étaient conscients du fait que les peuples autochtones vivant à l'intérieur de leurs propres frontières continuaient à insister sur leur statut de nations souveraines. C'est ainsi que les gouvernements en sont arrivés à un consensus politique qui a façonné la définition juridique du droit à l'autodétermination pendant la guerre froide; cette définition était toutefois conditionnée par des facteurs historiques précis et n'est plus valable depuis 1989. Au cours des cinq dernières années, la pratique des États, l'affirmation transnationale des peuples indigènes et la morale sous-jacente relative aux droits des groupes ont élargi la portée du droit juridique à l'autodétermination et ont rapproché son contenu de celui qui est associé à la déclaration du juge Dillard, l'approche plus souple, en droit international, est donc plus utile que l'approche restrictive qui se réclame d'une clarté et d'une précision tout à fait arbitraires, surtout lorsqu'elle est appliquée pour dénier aux peuples autochtones le droit à l'autodétermination.

**Le statut, en vertu du droit international coutumier, de la prétention des peuples autochtones du Canada à un droit distinct à l'autodétermination**

Deux éléments de l'expérience historique sont pertinents à cet égard : (1) un empiétement constant sur l'ampleur des droits et de l'autonomie des peuples autochtones; et (2) la reconnaissance du fait que ces peuples constituent des nations distinctes et qu'ils sont justifiés, à ce titre, de réclamer le droit à l'autodétermination.

L'élaboration d'un droit international coutumier portant *expressément* sur les peuples autochtones est récente. On peut soutenir que ces peuples avaient déjà des droits, quoique ceux-ci aient été appliqués de façon paternaliste, en tant que sous-ensemble des diverses catégories de peuples dépendants protégés par le droit international général. En réalité, toutefois, c'est seulement depuis une quinzaine d'années que la situation particulière des peuples autochtones fait l'objet d'une attention explicite dans les textes portant sur les droits de la personne au niveau international. Jusque-là, les rares mentions qu'on y trouvait à ce sujet révélaient une attitude favorable à l'assimilation, ce qui équivaut à une négation de ce que la grande majorité des peuples autochtones et de leurs représentants cherchent à réaliser en cette décennie des années 90.

Il est intéressant d'analyser plus précisément comment s'appliquerait le droit à l'autodétermination. Comme nous l'avons montré dans la partie précédente, ce droit a commencé à prendre forme sur la scène internationale à la fin de la Première Guerre mondiale, et son émergence témoigne d'un mélange encore très mal défini de facteurs moraux, politiques et juridiques. Les représentants des peuples autochtones considèrent la domination étrangère qu'ils ont subie comme équivalente à une colonisation, et même à la forme la plus aiguë de la colonisation, puisqu'elle menaçait souvent la survie pure et simple des peuples «colonisés». Dans la mesure où cette analyse deviendra acceptable, il est clair que tous les peuples autochtones pourront bénéficier du droit à l'autodétermination en tant que peuples coloniaux et par conséquent, du droit à une forme appropriée d'indépendance s'ils insistent pour l'obtenir. Les gouvernements, dont celui du Canada, ont été jusqu'ici à cette interprétation des revendications autochtones, mais il est évident que les droits existant en droit international doivent être

conférés explicitement et être acceptés officiellement par tout État ayant l'obligation de les respecter.

La Convention n° 107 de l'Organisation internationale du Travail, intitulée Convention concernant la protection des populations autochtones et adoptée en 1957, a été la première initiative pour adopter des normes explicites visant à protéger les peuples autochtones. Bien que de nombreux gouvernements l'aient ratifiée et qu'on y reconnaisse les problèmes d'abus découlant du traitement des peuples autochtones à bien des endroits, cette convention constituait essentiellement une mesure de lutte contre la discrimination, adoptée sans la participation des représentants des peuples visés (attitude paternaliste). Son texte présupposait que le simple fait de jeter des bases d'inclusion ou d'assimilation non discriminatoires pouvait permettre de protéger ces peuples convenablement (mesure insuffisante). On y trouvait également le terme «populations» au lieu du mot «peuples», ce qui aurait impliqué un droit à l'autodétermination. Grâce à ce jeu sémantique, il devait être possible d'éviter la présentation de revendications relatives à l'autodétermination ou à l'indépendance au nom des peuples autochtones<sup>97</sup>.

Cette approche a été remplacée par celle de la Convention n° 169, adoptée en 1989 par suite de critiques formulées par des représentants des groupes indigènes et de consultations avec certains de ces représentants; cette nouvelle convention accordait davantage d'importance aux droits collectifs revendiqués par les groupes, plutôt qu'aux droits de participation individuels, et se préoccupait surtout du maintien de l'identité des groupes et de la prise en main de leur propre destinée collective. La Convention n° 169 élude toutefois la question de l'autodétermination, au lieu de la résoudre dans un sens ou dans l'autre, ce qui reflète les pressions autochtones pour faire reconnaître ce droit et à l'opposé, les inquiétudes des principaux gouvernements, qui craignaient qu'une reconnaissance directe puisse être interprétée et

risque fort de l'être — comme équivalente à une légitimation des demandes sécessionnistes par analogie avec le processus de décolonisation, ces gouvernements croyaient également qu'une reconnaissance de ce genre pouvait mettre en péril les intérêts financiers de l'élite dominante, ainsi que ses revendications en matière de ressources. Le compromis atteint consiste donc à imposer aux États l'obligation de respecter les aspirations des peuples indigènes, par voie de consultation, tout en évitant toute reconnaissance directe et sans équivoque d'un quelconque droit à l'autodétermination.

C'est pourquoi, même si la Convention n° 169 porte officiellement le titre de Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, son article 1.3 annule une partie des avantages apparents associés à l'emploi du terme «peuples» plutôt que «populations», puisqu'on y affirme que «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». Il s'agit certainement d'une formule surprenante, compte tenu surtout de l'article 3.1, qui confirme que les «peuples indigènes et tribaux doivent jouir pleinement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans entrave ni discrimination [...]» Pourtant, le droit à l'autodétermination vient en première place dans la liste des droits de la personne et des libertés fondamentales! En outre, l'article 3 confère ce droit à la collectivité, et non à l'individu, ce qui ne fait que compliquer les choses encore davantage. En réalité, bien qu'on ait cherché dans la Convention n° 169 à établir dans les faits un régime de droits fondés sur le principe de l'autodétermination *interne*, on semble avoir craint qu'une affirmation décisive de la terminologie de l'autodétermination soit inacceptable pour les peuples autochtones si elle était ainsi limitée, tout en étant une provocation pour les États si elle était affirmée sans

réserve, puisqu'elle ferait dès lors surgir le spectre de la sécession en tant que droit reconnu juridiquement, avec toutes les répercussions néfastes que cela pourrait entraîner sur le plan financier.

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la lutte que livrent les peuples autochtones au niveau mondial, tout particulièrement dans le cadre du Groupe de travail sur les populations autochtones mis sur pied en 1982 sous les auspices généraux de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, qui se réunit presque chaque année à Genève. Le principal instrument de cette lutte, au cours des dernières années, a été le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, en cours d'élaboration; dans le cadre de cet effort, la revendication et la formulation du droit à l'autodétermination ont sans contredit été au centre des préoccupations. Du côté autochtone, les efforts ont porté sur l'inclusion explicite du droit à l'autodétermination sans aucune restriction, alors que les États ont tenté de leur côté d'éviter une reconnaissance juridique pleine et entière de ce droit, surtout dans son application collective. La question revêt une grande importance symbolique pour les deux côtés, mais on peut se demander quelle est sa véritable importance à ce moment-ci de l'histoire. Pour des raisons dont nous discuterons ailleurs, et outre la valeur inhérente de l'estime de soi, les aspirations *réelles* des peuples indigènes trouvent dans presque tous les cas une réponse satisfaisante dans l'application équitable et sans réserve du principe de l'autodétermination interne, y compris dans le sens de la participation (non paternaliste), tout particulièrement dans les domaines qui touchent la communauté autochtone. Mais beaucoup considèrent qu'un raccourci officiel de ce genre sur le plan de la doctrine nierait le caractère souverain des peuples ou nations autochtones, et correspondrait, au mieux, à l'octroi d'un droit à l'autodétermination de deuxième classe, tout à fait inacceptable et donc impensable du point de vue politique.

Il existe deux façons fort différentes de considérer la pertinence du droit à l'autodétermination par rapport à la situation actuelle des peuples autochtones du Canada. La première consiste à se demander si ces peuples ont été victimes d'une domination étrangère ou même coloniale du genre de celle qui justifierait l'existence de ce droit, alors que la deuxième porte sur la pertinence du processus par lequel ces peuples ont cherché à faire adopter une déclaration universelle sur les droits des peuples autochtones (par le truchement du Groupe de travail sur les populations autochtones de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, mise sur pied par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies).

Il est certain que la situation des peuples autochtones n'a fait l'objet d'aucune attention particulière au moment de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des deux pactes subséquents en la matière. En même temps, la norme portant sur l'autodétermination, à l'article premier des deux pactes relatifs aux droits de la personne, est suffisamment générale pour permettre son application aux revendications des autochtones du simple fait que ces groupes pourraient être considérés comme des peuples. Cette extension n'a jamais été confirmée officiellement, et certains spécialistes sont d'avis que ce droit n'est accordé qu'aux individus, en tant que membres d'un groupe, et non aux groupes eux-mêmes. Les revendications autochtones mettent cependant l'accent sur la nature collective des droits en jeu, tout particulièrement en ce qui concerne l'autodétermination. Par conséquent, en l'absence de confirmation distincte de la nature collective de cette revendication, les textes sur les droits de la personne ne sembleraient pas suffisants pour établir le droit à l'autodétermination dans la forme souhaiteraient voir reconnaître les représentants des peuples autochtones. L'inclusion d'un droit de ce genre dans une déclaration

universelle sur les droits des peuples autochtones donnerait un cadre juridique à ce droit, à condition que le texte lui-même soit considéré comme un reflet ou un fondement du droit international général, ou finisse par être accepté comme tel. Il faut bien comprendre que la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui est généralement considérée aujourd'hui comme ayant été incorporée au droit international de la façon la plus décisive possible (comme ensemble de normes péremptoires), n'était absolument pas envisagée comme un texte exécutoire au moment où elle a été adoptée.

Cependant, en ce qui concerne la protection des droits de la personne, on entend souvent dire qu'il n'existe aucune option implicite ouvrant la porte à la sécession, à moins que la structure gouvernementale ne soit excessivement oppressive<sup>98</sup>. Cette généralisation semble suffisamment exacte pour l'évaluation des revendications du point de vue strictement judiciaire, mais elle ne comprend pas l'aspect le plus frappant de l'expérience vécue à cet égard, à savoir que la pratique en matière d'autodétermination laisse entrevoir, surtout récemment, que si un peuple peut se séparer d'un État dans les faits et faire reconnaître cette sécession officiellement par la communauté internationale, les revendications sécessionnistes qui entraînent l'effondrement de l'État en question et le fractionnement de son territoire deviennent en fait le fondement pratique de l'exercice du droit à l'autodétermination<sup>99</sup>.

Il est trompeur d'insister sur l'impossibilité absolue de toute forme sécessionniste d'autodétermination, mais il est encore plus trompeur de supposer que les implications de l'exercice du droit à l'autodétermination ont un caractère sécessionniste inhérent. Tout ce que nous savons actuellement des attitudes autochtones, ou à peu près, laisse entrevoir deux facettes de la façon habituelle d'aborder les revendications relatives au droit à l'autodétermination : un effort pour

en arriver à des ententes d'autonomie gouvernementale et pour protéger les droits traditionnels — surtout les droits fonciers traditionnels — à l'intérieur de la structure des États existants et une insistance pour que la portée potentielle de ces revendications ne fasse l'objet d'aucune restriction ni d'aucune exception. Toute restriction ou exception de ce genre est considérée comme une contestation méprisante de la souveraineté des nations autochtones et n'est donc pas acceptable à ce titre. Cette insistance incite inévitablement à se demander si la sécession ne serait pas le véritable but des peuples autochtones, le programme plus modéré ne servant qu'à déguiser les intentions de façon rassurante ou qu'à servir d'expédient temporaire.

Erica-Irene Daes, qui est présidente et rapporteur spécial du Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, et de ce fait une observatrice de premier plan, a exprimé un aspect de ce nouveau droit à l'autodétermination :

[TRADUCTION] les peuples indigènes ont le droit à l'autodétermination, et l'État existant [sur le territoire duquel se trouvent les peuples en question] a le devoir de répondre aux aspirations de ces peuples par des réformes constitutionnelles destinées à assurer un partage démocratique du pouvoir. Cette approche signifie également que les peuples indigènes ont le devoir d'en arriver, de bonne foi, à une entente sur ce partage du pouvoir avec l'État existant et, dans la mesure du possible, d'exercer leur droit à l'autodétermination de cette façon<sup>100</sup>.

Ce que M<sup>me</sup> Daes a en tête, c'est une restructuration des États de façon à prévoir, à l'intérieur de leurs frontières territoriales et de leur cadre constitutionnel, des sphères d'autonomie fondées sur la négociation, et non sur des concessions toujours réversibles consenties d'en haut. Il convient de noter toutefois que la formulation employée par M<sup>me</sup> Daes contient des échappatoires qui pourraient donner lieu à l'affirmation de revendications sécessionnistes dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas précisées.

L'opinion empirique voulant que la plupart des peuples indigènes reconnaissent l'avantage d'une association avec des États existants étant donné leur petite taille, leurs ressources limitées et leurs responsabilités et qu'il n'est pas réaliste de craindre l'exercice du droit à l'autodétermination par les peuples indigènes<sup>101</sup>, se trouve à l'arrière-plan de cet effort pour trouver une solution mitoyenne.

M<sup>me</sup> Daes estime qu'il est beaucoup plus réaliste de craindre que le déni du droit à l'autodétermination ne laisse les plus marginalisés et les plus exclus de tous les peuples du monde sans outil juridique et pacifique pour réclamer une véritable démocratie dans les États dans lesquels ils vivent<sup>102</sup>. Il faut souligner que cette conception du droit à l'autodétermination pour les peuples autochtones est fondée sur la possibilité de renégocier la démocratie sur une base mutuelle, ce qui devrait inclure des dispositions sur les droits des groupes, de même que sur ceux des individus. À bien des égards, comme l'ont indiqué d'autres documents préparés pour la Commission, le gouvernement canadien a fait figure de chef de file dans l'élaboration d'une approche de ce genre, mais sans être prêt pour le moment à considérer cela comme une obligation internationale ou comme une application du droit à l'autodétermination dont jouissent les peuples autochtones en vertu du droit international naissant. Étant donné qu'un des principaux enjeux consiste à permettre aux autochtones de retrouver l'estime d'eux-mêmes après des siècles d'abus et d'humiliations, la portée symbolique de la reconnaissance de ce droit à l'autodétermination revêt une extrême importance politique pour permettre la réconciliation sur le plan pratique, même s'il est impossible pour le moment de déclarer que ce droit est un élément irréfutable du droit international coutumier. En fait, la résistance du Canada à l'officialisation de ce droit est un des éléments qui pourraient bien empêcher que ce statut soit établi de façon plus définie en droit international.

Dans le contexte d'une accession possible du Québec à la souveraineté, l'officialisation ou la reconnaissance de ces droits par le Canada aurait des conséquences particulièrement complexes. Les divers peuples autochtones touchés par la division de l'État canadien existant auraient clairement un droit de participation appropriée à toute négociation, probablement en tant que partenaires à part entière dans la mesure où leurs propres intérêts seraient en jeu. Cette application du droit à l'autodétermination pour assurer la participation des intéressés serait donc davantage un fondement d'une réforme *interne* plutôt qu'une brèche devant permettre aux nations autochtones d'atteindre la souveraineté. En fait, la reconnaissance des droits souverains des peuples autochtones est un moyen d'encourager des solutions négociées visant une réforme interne, à l'intérieur des États existants ou entre ces États, et les scénarios sécessionnistes ne sont qu'une manœuvre de diversion. Cependant, lorsque la sécession menace de supprimer, en tout ou en partie, l'affiliation actuelle de certains peuples indigènes à l'intérieur d'un État, leur droit à l'autodétermination, dans la mesure où ils l'exercent, exige dès lors leur consentement à tout changement ou, autrement, une adaptation dûment négociée à un nouveau cadre politique, ce qui se produirait en l'occurrence dans le cas d'une sécession du Québec.

La définition des droits dont jouissent les peuples autochtones en vertu du droit international, vis-à-vis du gouvernement du Canada, est en évolution bien que les événements récents semblent pointer, au minimum, vers l'application d'un droit collectif à l'autodétermination interne, ce qui inclut la participation à tout effort pour définir l'application de ce droit dans des circonstances précises. Tout changement de circonstances qui pourrait avoir des répercussions sur les tentatives collectives existantes et sur les droits en vigueur serait une occasion de consultations et de négociations obligatoires. Cette

interprétation semble directement applicable à tout changement imminent dans le sens de l'accession du Québec à la souveraineté. Ce qui demeure incertain, c'est si la délimitation officielle du droit à l'auto-détermination doit s'ancrer dans le processus évolutif prévu dans la résolution marquante adoptée par l'Assemblée générale en 1970 au sujet des droits de la personne — auquel cas il s'agirait d'un droit restreint — ou s'il faut y voir également un aspect de la maturation juridique du processus évolutif concrétisé par la Convention sur les relations amicales — et, par conséquent, illimité du point de vue doctrinal. Cette incertitude n'a pas une importance évidente puisque rien ne permet de croire à l'existence de revendications sécessionnistes (par opposition aux revendications portant sur les droits résiduaire) de la part des peuples autochtones. L'ampleur de l'obligation de consulter pourrait entraîner des difficultés dans le cas où il ne serait pas possible d'en arriver à un ajustement mutuellement acceptable. À ce moment-là, il faudrait résoudre plusieurs revendications complexes, en ayant recours probablement à une procédure d'arbitrage quelconque. Les peuples autochtones, ou du moins certains d'entre eux, souhaiteraient probablement conserver leur statut et leur réalité opérationnelle dans le cadre d'un Canada fédéré, plutôt que de faire partie du Québec. Il n'est cependant pas certain que ce serait faisable, sur le plan fonctionnel, ou que ce serait négociable sur une base politique.

**La pertinence de la pratique ultérieure à 1989 au sujet de l'ancienne Union soviétique et de l'ancienne Yougoslavie, ainsi que du rapport Pellet**

Jusqu'en 1989, la pratique internationale mettait l'accent sur le consensus, établi à l'ONU, selon lequel le nouveau droit à l'auto-détermination des peuples soumis à une domination coloniale, étrangère ou raciste devait s'exercer de manière à ne pas modifier les frontières

extérieures des États existants. Mais même à cette époque, la grande majorité des autres États avaient reconnu la sécession du Pakistan oriental, qui s'était séparé du Pakistan en 1972 pour former le Bangladesh par suite d'atrocités perpétrées par les armées du gouvernement central. Le Bangladesh était devenu membre de l'ONU peu après, même si sa création avait de toute évidence modifié les frontières extérieures de l'ancien Pakistan. Cet événement résultait essentiellement de l'exercice du droit à l'autodétermination par les populations en cause, même si ce n'est pas ainsi qu'il avait été présenté à l'époque. La quête d'une patrie nationale par les Palestiniens, les divers mouvements nationalistes kurdes, les luttes des différents groupes ethniques de l'ancienne Union soviétique sont nettement en train de devenir des questions d'autodétermination, qu'elles débouchent sur un règlement interne, par la voie d'ententes d'autonomie, ou qu'elles entraînent la création de nouveaux États.

La désintégration de l'Union soviétique et de la Yougoslavie en 1991 a donné naissance à de nouveaux États souverains qui ont cherché à obtenir la reconnaissance diplomatique et la participation à part entière aux institutions internationales. En fait, ces nouveaux États ont détruit l'unité territoriale des anciennes entités fédérées et ne respectaient pas l'intention apparente des lignes directrices de l'ONU au sujet de l'obligation d'exercer en toutes circonstances le droit à l'autodétermination à l'intérieur des États existants. Cette pratique confirme de façon significative dans quelle mesure les résultats politiques concrets et les réactions générales à ces résultats, par la reconnaissance des nouveaux États et leur admission aux institutions internationales, ont transcédé les efforts antérieurs pour rejeter toute revendication du droit à l'autodétermination susceptible de détruire un État. Cependant, le caractère nettement menaçant des mouvements politiques cherchant à préserver l'unité territoriale incite à établir une distinction pour les

précédents établis par des poussées sécessionnistes qui ont entraîné la création de nouveaux États en réduisant le territoire d'un État existant. Cette tension entre la pratique et la préférence doctrinale, qui s'exprime à la fois dans les opinions de la Commission Badinter et dans le rapport Pellet, suscite des analyses juridiques très confuses sur la portée et la nature du droit à l'autodétermination, surtout en cette époque extrêmement mouvante faisant suite à la guerre froide.

Le travail de la Commission d'arbitrage mise sur pied par la Communauté européenne en 1991, dans le cadre de ses efforts pour mettre fin au violent conflit qui a marqué la désintégration de la Yougoslavie, est un exemple de cette confusion. Cette commission se composait des présidents des tribunaux constitutionnels de cinq pays européens, sous la présidence de Robert Badinter, le président du Conseil constitutionnel français. Connue sous le nom de Commission Badinter, elle n'avait aucun pouvoir de décision sur le plan juridique, mais s'était vu confier un rôle consultatif au sujet des pourparlers de paix en cours; malgré son nom, elle n'avait aucune fonction d'arbitrage. Lord Carrington, qui était alors président de la Conférence internationale sur la Yougoslavie, avait soumis plusieurs questions à la Commission, tout comme le gouvernement de la Serbie<sup>103</sup>.

Dans son avis n° 2, la Commission s'est penchée sur la question de l'autodétermination dans le contexte des revendications serbes par rapport à la Croatie et à la Bosnie, et a conclu que, bien que ce droit à l'autodétermination ne soit pas établi, il est reconnu que, quelles que soient les circonstances, le droit à l'autodétermination ne doit pas entraîner de changements aux frontières existantes au moment de l'indépendance (*uti possidetis juris*), sauf lorsque les États en cause conviennent du contraire. Dans son avis laconique, la Commission affirmait que les Serbes avaient droit à une pleine protection en tant que «minorité» et que le droit à l'autodétermination était une question de

droits de la personne, ce qui permettait aux Serbes de faire reconnaître individuellement leur identité nationale distincte, s'ils le désiraient, par la Bosnie et la Croatie.

La Commission n'a jamais abordé la question cruciale de ce qui se passe quand une minorité devient un peuple; elle semble par conséquent être passée à côté de la question la plus importante : celle du droit à l'autodétermination en tant que droit collectif d'un peuple, la portée de ce droit étant déterminée à la fois par le contexte (en supposant, comme dans le cas du Bangladesh, que le peuple qui réclamait ce droit était victime d'atrocités systématiques) et par son résultat effectif (c'est-à-dire par la situation créée). Comme le souligne Hurst Hannum dans sa virulente critique des travaux de la Commission, les commissaires [TRADUCTION] «semblent avoir fondé leur jugement sur des préoccupations géopolitiques et des principes imaginaires de droit international, plutôt que sur la situation tout à fait particulière de la Yougoslavie<sup>104</sup>». Il soutient que «le principe selon lequel les frontières ne doivent être modifiées que par entente mutuelle a été élevé hypocritement au rang de principe immuable, que contredit la reconnaissance même des États sécessionnistes».

En outre, l'extension du principe de l'*uti possidetis* aux frontières administratives internes d'un État fragmenté, dans l'avis n° 3 de la Commission d'arbitrage, reposait sur des justifications politiques et juridiques douteuses. La justification juridique la plus récente, dans le contexte de la décolonisation, visait le maintien des frontières *externes*. La Commission invoquait dans son avis un passage de la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans le conflit opposant le Burkina Faso et le Mali, à savoir que l'*uti possidetis* «constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux États ne soient mises en

danger par des luttes fratricides<sup>105</sup>». Comme le souligne Hannum, la Commission a toutefois laissé tomber la fin de la phrase, dans cet arrêt de la CIJ, qui se lisait comme suit : «nées de la contestation des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante<sup>106</sup>.» En outre, l'avis de la Cour au sujet de l'*uti possidetis* se limite explicitement aux situations découlant de la décolonisation. Aucune de ces considérations ne semble s'appliquer, même indirectement, à la situation des peuples autochtones qui seraient pris dans un processus de sécession indépendant de leur volonté; la question qui se poserait alors n'est pas celle des frontières, mais bien celle de l'affiliation de ces peuples et celle de la préservation de leur autonomie gouvernementale et de leurs pleins droits fonciers, ce qui inclut le droit à une participation significative et à part entière à tout changement de statut.

Ce qui est crucial à cet égard, c'est que le caractère inconditionnel du respect de l'unité territoriale a été balayé de façon décisive dans le cas de l'ancienne Yougoslavie et que les mouvements séparatistes qui ont pris naissance par suite des événements survenus dans cette région invoquaient dans la pratique le droit à l'auto-détermination même si ce droit n'aurait pas dû s'appliquer en théorie. L'ensemble du processus a été validé indirectement par la reconnaissance diplomatique générale de ces nouveaux États, ce qui a légitimé leur contestation de la notion d'unité territoriale. En fait, ce qui est accepté devient valide, et cela ne peut pas être complètement déterminé à l'avance par la consultation de directives juridiques abstraites. Le fait que les revendications d'indépendance et de souveraineté correspondent généralement à des frontières internes déjà établies ne change rien à l'anéantissement des efforts fondamentaux du droit international, à l'époque de la guerre froide, pour concilier l'unité territoriale des États existants avec l'exercice du droit à l'auto-détermination, les colonies étant considérées comme des entités unifiées.

Le rapport Pellet (rédigé par Alain Pellet en collaboration avec quatre autres éminents spécialistes du droit international), qui a été présenté au Comité de l'Assemblée nationale du Québec le 8 mai 1992 et qui portait sur diverses questions relatives à l'accession du Québec à la souveraineté, a encore ajouté à la confusion soulevée par les avis de la Commission d'arbitrage de la Communauté européenne<sup>107</sup>.

Premièrement, il est important de se rendre compte de l'envergure limitée du rapport Pellet. Ses auteurs ont en effet pris soin de circonscrire leurs réponses aux questions qui leur avaient été posées et qui, à mon avis, ne couvrent pas l'ensemble du sujet, en ce qui concerne notamment l'ampleur et la signification des droits de participation des peuples autochtones. Ils font la mise en garde suivante : « Ces questions sont posées dans une perspective exclusivement juridique et c'est sur le seul terrain du droit que cette étude entend se situer<sup>108</sup>. » Si cet avertissement signifie seulement que l'étude « ne reflète en aucune manière les préférences politiques » des auteurs, il n'a rien d'exceptionnel. Mais s'il sous-entend, comme cela semble être le cas dans l'ensemble de l'analyse, que le droit forme un tout cohérent et clair, et qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte des diverses interprétations proposées par des perspectives politiques et morales diversifiées et souvent antagonistes, alors il est tout à fait trompeur. Les questions posées sont extrêmement difficiles à résoudre, notamment parce qu'elles ne relèvent pas seulement du droit et qu'elles confèrent inévitablement au gouvernement du Canada, par conséquent, l'occasion et la responsabilité de résoudre ces revendications de la façon qui pourra le mieux contribuer à la clarification des droits et des obligations de chacun.

En ce qui concerne les peuples autochtones, le rapport Pellet cherche surtout à établir s'il existe effectivement un droit à l'auto-détermination, mais en supposant que, dans l'affirmative, la question

cruciale consiste alors à se demander si ce droit inclut et valide par le fait même les revendications portant sur l'indépendance territoriale. Il est vrai que des revendications de ce genre se situent à la limite d'un droit inconditionnel à l'autodétermination. Mais, dans le contexte des interrogations que suscite l'accession à la souveraineté par voie de négociation, beaucoup d'autres questions se posent, et notamment le droit de demeurer rattaché au Canada qui, du point de vue du droit international, constitue l'unité territoriale existante. Si l'accession du Québec à la souveraineté est considérée comme un fait accompli, l'affirmation, par les peuples autochtones, du droit de continuer à faire partie du Canada semblerait, sur le plan juridique, une contestation de l'unité territoriale du nouvel État du Québec<sup>109</sup>. Ce mode d'analyse semble tout à fait artificiel étant donné que les revendications séparatistes sous-jacentes ne sont pas encore réglées, pas plus que les revendications relatives au droit de participer au processus qui serait mis en place pour déterminer le statut futur du Québec et ses relations avec le Canada.

Au sujet de la nature de l'autodétermination, qui demeure «au cœur des polémiques» comme le soulignent à juste titre les auteurs du rapport Pellet, l'opinion fondamentale selon laquelle il s'agit d'un principe «à géométrie variable» est également exacte. Ce qui est plus douteux, toutefois, c'est la fausse clarté de l'affirmation selon laquelle le droit à l'autodétermination «ne suffit à fonder le droit d'un peuple à accéder à l'indépendance au détriment de l'État auquel il est rattaché que dans des situations coloniales<sup>110</sup>». Compte tenu à la fois des textes qui laissent une certaine place à l'interprétation, par exemple la Déclaration relative aux relations amicales, et de la pratique diplomatique depuis 1989, à commencer par le cas des Républiques baltes, la possibilité de revendications d'indépendance de ce genre dans des situations non coloniales n'est certainement pas impossible à l'heure

actuelle, sur le plan juridique, et les paramètres de ce droit ne sont pas encore déterminés avec certitude; il est d'ailleurs possible qu'ils ne le soient jamais. Le droit est en évolution, en ce qui concerne tout particulièrement les peuples autochtones, et il le demeurera probablement dans un avenir indéfini, reflétant ainsi les fluctuations de la pratique sur le terrain et de la doctrine telle que l'interprètent les différents intéressés.

Les auteurs du rapport Pellet donnent également, à tort, l'impression que le droit est clair et net au sujet du traitement de la désintégration de l'ancienne Yougoslavie. Contrairement à la Commission d'arbitrage, les auteurs du rapport en question reconnaissent, dans leur analyse de l'affaire *Burkina Faso-Mali*, que la situation du Québec est différente de celle des États qui sont nés de la décolonisation. Ils affirment toutefois que la décision rendue dans cette affaire s'applique quand même, car le «raisonnement» concerne le phénomène de «l'accession à l'indépendance». Mais ils en arrivent ensuite à une conclusion trompeuse : «tous les États nouveaux issus de la sécession d'avec un État préexistant ont conservé leurs limites administratives pré-existantes, qu'il s'agisse de Singapour, des Républiques yougoslaves ou des États issus du démembrement de l'Union soviétique; et, s'agissant de ces deux derniers cas, la communauté internationale a très fermement manifesté sa conviction qu'il y avait là une règle devant être respectée<sup>111</sup>.»

En fait, la communauté internationale a fait preuve d'une ambivalence considérable au sujet des frontières internes qui existaient en Yougoslavie, notamment dans ses efforts pour mettre fin à la guerre en Bosnie. Les initiatives diplomatiques Vance/Owen et Owen/Stoltenbery, qui jouissaient d'un appui massif de l'ONU, prévoyaient un remaniement radical des frontières intérieures de la Bosnie et envisageaient même, dans certains scénarios, de nouvelles

confédérations ou fédérations reliant les portions ethniques de la Bosnie à la Croatie et à la Serbie. Ce que nous voulons souligner par là, c'est que le caractère immuable des frontières n'est pas fixé par le droit et que l'issue des situations de ce genre est façonnée par l'évaluation du contexte.

L'élément le plus déroutant du rapport Pellet, c'est peut-être son insistance sur le fait que l'existence d'un nouvel État «n'est pas un problème de droit, mais de fait<sup>112</sup>». Évidemment, si l'on présume au départ que ce nouvel État existe, cette affirmation est certainement vraie, quoique futile. Elle détourne toutefois l'attention de l'aspect le plus essentiel de la réalité : étant donné l'existence de revendications diverses et contradictoires fondées sur les prétentions au droit à l'autodétermination, dans quelles conditions un nouvel État peut-il commencer à exister de façon valide, cette validité étant établie d'abord et avant tout par la reconnaissance diplomatique de la communauté internationale et par l'admission aux institutions internationales? Pellet et ses collègues n'avaient pas pour mandat de donner son avis sur cette question, mais cette restriction limite considérablement la pertinence de ses conclusions et de ses recommandations. Elle oblige également à mettre en doute la conclusion centrale du rapport Pellet, à savoir que le Québec ne peut, en aucune circonstance, être amené par un jeu d'influences à modifier son territoire au moment d'accéder à la souveraineté<sup>113</sup>. Cette impression qu'il existe des limites est très trompeuse ici puisque le processus d'accession à la souveraineté est une affaire de négociations, au cours desquelles il faudra concilier dans la mesure du possible les revendications concurrentes en se fondant sur les directives juridiques et sur leur application éclairée.

On peut opposer des objections du même genre au traitement réservé au droit naissant à l'autodétermination dans le rapport Pellet. Les auteurs de ce rapport font valoir, de façon peu convaincante, que

plein droit à l'autodétermination — ce qui inclut la sécession — n'est valable que dans les situations coloniales. D'une part, ils présument, sans en faire la démonstration, que les peuples autochtones ne peuvent pas vraiment réclamer des droits en tant que « coloniaux ». Les écrits sur le sujet montrent pourtant qu'on a de plus en plus tendance à considérer les peuples autochtones comme les victimes de formes extrêmes de colonisation et à leur accorder par conséquent, même tardivement, le droit de s'affirmer comme tels et de faire valoir les droits juridiques que cela implique. D'autre part, la question immédiate la plus cruciale ici est celle des droits de participation plutôt que des droits de sécession, dont jouissent tous les peuples d'après le rapport Pellet (y compris ceux qui n'ont pas le droit de réclamer l'indépendance parce qu'ils n'ont pas été colonisés<sup>114</sup>). Or, étant donné que les auteurs du rapport considèrent l'accession à la souveraineté comme un fait accompli, ils n'étudient pas les ramifications qu'auraient ces droits de participation sauf dans les termes les plus généraux, comme en témoigne la phrase suivante :

Pour les peuples coloniaux, ce choix inclut la possibilité de l'indépendance; pour les autres, il l'exclut mais signifie à la fois le droit à une identité propre, celui de choisir et celui de participer<sup>115</sup>.

Il semble évident d'après le contexte, et compte tenu de l'article de Thomas Franck sur la nouvelle norme de la démocratisation, que la participation signifie pour les auteurs du rapport Pellet l'inclusion démocratique et non discriminatoire, et rien d'autre<sup>116</sup>.

Comme nous l'avons déjà souligné, c'est la signification de ce droit de participation — qui constitue un point commun entre notre étude et le rapport Pellet — qu'il faut préciser au sujet de la possibilité d'une alternative d'accession du Québec à la souveraineté, qui reste pour le moment une simple éventualité. C'est seulement en présentant l'indépendance du Québec comme un fait établi que les auteurs du rapport Pellet peuvent faire de la question de la sécession un élément

aussi central pour l'évaluation des droits des peuples autochtones en cause.

Les auteurs du rapport Pellet affirment à juste titre que les droits des peuples autochtones sont en évolution et que l'établissement d'un droit à l'autodétermination dans le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones aura probablement une grande influence, même s'il n'est pas certain que cette déclaration fasse autorité et qu'elle donne des résultats tangibles. Cependant, toute la question de l'existence de ce droit est jugée négligeable : «de toutes manières, même ces textes, qui représentent la conception la plus large des droits envisagés en faveur des peuples autochtones, ne prévoient nullement qu'ils aient un droit à la sécession<sup>117</sup>». Cette affirmation donne une image tout à fait trompeuse de toute la question de l'autodétermination en ce qui a trait au Québec. Les nations autochtones ne font ou n'envisagent pour le moment aucune demande de sécession. Il faut tout au plus évaluer s'il existe une limite extérieure restreignant le droit à l'autodétermination en cas de demande de sécession. La principale revendication des peuples autochtones, toutefois, n'est pas la sécession, mais le droit d'éviter tout changement de situation perçu comme étant menaçant pour les ententes actuelles qui les visent et pour leurs perspectives d'avenir. Et si un changement de situation devait être envisagé, ils veulent être consultés par les représentants du Québec comme des partenaires égaux; ils désirent que leur participation équivaille à l'exercice d'un droit, et non pas à une simple formalité destinée à sceller un fait accompli.

**PARTIE III**  
**L'obligation de fiduciaire du Canada**  
**envers les peuples autochtones établis au Québec**  
**et la reconnaissance du Québec comme État**

par Donat Pharand

Dans l'éventualité de la sécession du Québec, l'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones établis sur le territoire de cette province poserait certains problèmes. Le Canada pourrait-il insister, comme condition de la reconnaissance du Québec, pour que les obligations qui lui incombent soient pleinement assumées par le nouvel État? D'autres États pourraient-ils subordonner leur reconnaissance diplomatique à des garanties similaires? Ces questions et d'autres questions connexes sont examinées ci-après sous deux rubriques : le rôle de la reconnaissance en droit international, et l'application du droit à un Québec souverain.

**Le rôle de la reconnaissance en droit international**

*La reconnaissance en général*

La reconnaissance d'un État présuppose l'existence de trois critères, à savoir un territoire fixe, une population et un gouvernement effectif. Toutefois, même si ces trois critères sont réunis, le nouvel État ne peut établir de relations avec d'autres États tant qu'il n'a pas été reconnu par eux. Par la reconnaissance, les États préexistants constatent officiellement la création d'un nouvel État et indiquent qu'ils sont prêts à établir des relations officielles avec lui. En outre, la reconnaissance d'un nouvel État implique nécessairement la reconnaissance du gouvernement qui y exerce l'autorité.

*La reconnaissance procède-t-elle d'une obligation?*

En pratique, la question qui se pose est celle de savoir si la reconnaissance d'un nouvel État est obligatoire une fois satisfaits les trois principaux critères d'existence, ou si elle est simplement discrétionnaire. Cette question n'est pas du tout réglée par la doctrine en droit international. Il existe à son sujet deux grandes écoles de pensée. La première, qui souscrit à la *théorie constitutive*, soutient que la reconnaissance est strictement un acte politique, qui en fait crée l'État, bien que celui-ci possède déjà les éléments nécessaires à sa reconnaissance. La seconde, qui souscrit à la *doctrine déclaratoire*, estime que la reconnaissance est un acte juridique et qu'une fois les critères relatifs à la souveraineté satisfaits, les autres États sont tenus d'accorder la reconnaissance.

Cette question est l'une des premières que la Commission du droit international a soulevées lorsqu'elle a préparé, en 1947, le projet de déclaration sur les droits et devoirs des États. Les membres de la Commission étaient divisés sur la proposition présentée par le Panama, selon laquelle tous les États avaient le droit d'obtenir la reconnaissance de leur existence<sup>118</sup>. Comme la majorité des membres estimaient cependant qu'une telle disposition irait au-delà des éléments généralement acceptés du droit international, la Commission décida de ne pas se prononcer sur cette question.

Dans la pratique, les États ont adopté entre ces deux doctrines une solution de compromis. Le point de vue dominant est que cette reconnaissance ne crée pas un État (celui-ci existe lorsque les exigences juridiques sont satisfaites), mais la reconnaissance est un acte politique et discrétionnaire. En 1929, le Tribunal d'arbitrage germano-polonais a décidé, au sujet de la reconnaissance de la Pologne, que «la reconnaissance d'un État n'est pas constitutive, mais simplement déclarative<sup>119</sup>». Le tribunal a ajouté que l'État existe de lui-même et

que la reconnaissance n'est rien de plus que la déclaration par laquelle les autres États reconnaissent cette existence. Toutefois, même si l'on accepte ce point de vue, on est tenu d'admettre qu'un État non reconnu a une existence relative. C'est la reconnaissance par l'ensemble des États qui permet à un nouvel État d'exercer les droits liés à la souveraineté, et elle est tout à fait discrétionnaire. Telle était la position adoptée par l'Institut de droit international en 1936, au moment de l'adoption d'une résolution dans laquelle il a déclaré que chaque sujet de droit international demeurerait libre d'accorder ou de refuser toute forme de reconnaissance que ce soit<sup>120</sup>.

L'idée que la reconnaissance est une décision politique discrétionnaire a été également soutenue par la majorité des États dans leurs commentaires (1949) sur le projet de déclaration préparé par la Commission du droit international. Par exemple, le Royaume-Uni a alors déclaré que la décision d'établir des relations diplomatiques ou autres avec un autre État est et demeure une question purement politique<sup>121</sup>. De même, le gouvernement des États-Unis a fait remarquer que les modalités de la reconnaissance relèvent de la discrétion de l'État qui envisage d'en reconnaître un autre. Les États-Unis ont ajouté que les États étaient libres d'accorder ou de refuser la reconnaissance et que, s'ils étaient libres de la refuser, ils avaient aussi le droit de l'accorder de manière conditionnelle<sup>122</sup>.

#### *La reconnaissance conditionnelle : le cas de l'Europe de l'Est*

La question de la reconnaissance conditionnelle a été discutée au Conseil européen au moment de la création des nouveaux États en Europe de l'Est et dans l'ancienne Union soviétique. En décembre 1991, les ministres de la Communauté européenne ont adopté cinq conditions ou lignes directrices au sujet de la reconnaissance officielle de ces nouveaux États :

- (i) *respect des droits de la personne visés par les principaux instruments internationaux* : [TRADUCTION] «respect des dispositions de la Charte des Nations Unies et des engagements contractés en vertu de l'Acte final d'Helsinki et de la Charte de Paris, en particulier à l'égard de la règle de droit, de la démocratie et des droits»;
- (ii) *garanties concernant les droits des minorités ethniques* : [TRADUCTION] «garanties des droits des groupes ethniques, des groupes nationaux et des minorités conformément aux engagements souscrits dans le cadre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe»;
- (iii) *respect de l'inviolabilité des frontières* : [TRADUCTION] «respect de l'inviolabilité de toutes les frontières, qui ne peuvent être changées que par des moyens pacifiques et d'un commun accord»;
- (iv) *engagement au désarmement et à la non-prolifération des armes nucléaires* : [TRADUCTION] «acceptation de tous les engagements pertinents à l'égard du désarmement, de la non-prolifération des armes nucléaires, de la sécurité et de la stabilité régionale»;
- (v) *engagement à régler, par convention ou arbitrage, les différends relatifs à la succession* : [TRADUCTION] «engagement à régler par voie d'entente, y compris par le recours éventuel à l'arbitrage, toutes les questions relatives à la succession d'États et aux différends régionaux<sup>123</sup>».

Ces lignes directrices ont ensuite été appliquées par une commission d'arbitrage composée de cinq membres, soit les présidents des tribunaux constitutionnels de France, d'Allemagne, d'Italie, d'Espagne et de Belgique. Le Conseil européen n'ayant pas précisé quelle loi la Commission d'arbitrage (qui allait devenir la Commission Badinter) devait appliquer, celle-ci a décidé de formuler ses avis essentiellement sur la base du droit international public, notamment les normes impératives du droit international général (le *jus cogens*)<sup>124</sup>. La Commission a été appelée à donner un avis sur la demande de reconnaissance des pays suivants : la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la

Macédoine, la Slovénie et la Serbie-Monténégro. Bien que les avis de la Commission d'arbitrage soient par nature exclusivement consultatifs, le Conseil européen les a en général appliqués dans ses décisions en matière de reconnaissance.

La Commission Badinter a adopté la pratique des États résumée ci-dessus. D'une part, elle a jugé que l'existence ou la disparition d'un État était une question de fait et que les effets de la reconnaissance par d'autres États étaient purement déclaratifs<sup>125</sup>. En appliquant cette règle à la Serbie et au Monténégro après l'éclatement de la Yougoslavie, la Commission a estimé qu'à l'intérieur des frontières constituées par les limites administratives du Monténégro et de la Serbie dans la République fédérative socialiste de Yougoslavie (la RFSY), la nouvelle entité satisfaisait aux critères imposés aux États par le droit international public<sup>126</sup>.

D'autre part, la Commission a déclaré que ce nouvel État ne jouissait pas *ipso facto* de la reconnaissance dont bénéficiait la RFSY dans des circonstances complètement différentes. Il incombait donc aux autres États de reconnaître au besoin le nouvel État. La Commission a conclu son avis en déclarant que la reconnaissance de la Serbie et du Monténégro par les États membres de la Communauté européenne dépendrait du respect des conditions édictées par le droit international général en la matière, de la Déclaration conjointe et des directives du 16 décembre 1991<sup>127</sup>.

#### *La pertinence des conditions européennes en ce qui a trait au Québec*

Deux des cinq conditions fixées par la Communauté européenne ont peut-être une pertinence au regard de la reconnaissance d'un nouvel État du Québec.

La première, celle relative aux droits de la personne en général, est que les États qui sollicitent la reconnaissance doivent s'engager à

respecter les dispositions relatives aux droits de la personne énoncées dans trois instruments internationaux : la Charte des Nations Unies, l'Acte final d'Helsinki et la Charte de Paris. Les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux droits de la personne ont une portée générale et sont connues universellement. L'Acte final d'Helsinki, adopté en 1975, stipule que les États signataires s'engagent à respecter et à promouvoir l'exercice effectif de la plupart des droits fondamentaux de la personne. Il y a lieu toutefois de noter que cette obligation est considérablement atténuée par deux principes relatifs à la souveraineté des États : l'indépendance politique et la non-intervention dans les affaires intérieures et étrangères des États. La Charte de Paris pour une nouvelle Europe a été adoptée en novembre 1990 par les États participant à la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE). Ces États ont alors pris des engagements spécifiques au sujet du respect des droits de la personne, des principes démocratiques et de la règle de droit.

La deuxième condition, qui a trait aux droits des groupes ethniques et des minorités, est celle des garanties à accorder aux minorités nationales conformément aux engagements souscrits dans le cadre de la CSCE. Ces engagements sont consignés dans le document de la réunion tenue à Copenhague dans le cadre de la Conférence sur la dimension humaine, adopté en juin 1990. Ce document contient trois pages de dispositions relatives aux droits des minorités nationales<sup>128</sup>, notamment en ce qui touche l'éducation, la culture, la langue, la religion et la participation aux affaires publiques.

Les garanties du respect des droits de la personne ne constituent pas un critère additionnel de souveraineté. Cependant, l'importance de ces garanties peut être très réelle si les populations protégées en viennent à penser que le non-respect des garanties entraînera une intervention. Avec l'internationalisation croissante des droits de la

personne, une telle intervention pourrait bien paraître justifiable du point de vue juridique, selon le degré des abus.

Les observations qui précèdent sur la pertinence possible de certaines conditions se situent dans le contexte de la reconnaissance individuelle des États, mais celle-ci peut aussi être accordée collectivement.

### *La reconnaissance collective*

Avec la création des Nations Unies, la reconnaissance individuelle des États a beaucoup perdu de son importance et, dans une large mesure, la reconnaissance est devenue un acte collectif qui se concrétise par l'admission à l'ONU. En pareil cas, la reconnaissance peut être imposée dans un certain sens à la minorité dissidente, c'est-à-dire aux pays qui ont voté contre l'admission du nouvel État. Par exemple, lorsque le nouvel État d'Israël a été admis à l'ONU en 1949, les États arabes ont refusé de lui accorder la reconnaissance individuelle, mais cela n'a pas empêché Israël de devenir un membre à part entière de cette organisation et de la communauté internationale, du fait de sa reconnaissance par la grande majorité des États. Quant à la possibilité de fixer des conditions à l'admission aux Nations Unies et à d'autres organisations internationales, c'est un sujet qui sera étudié dans la Partie IV de la présente étude (page 91).

### **L'application du rôle de la reconnaissance à un Québec souverain**

En cas de sécession du Québec, la reconnaissance individuelle par le Canada et par d'autres États pourrait jouer un rôle important, en particulier dans les premiers temps.

### *La reconnaissance du Québec par le Canada*

Si la sécession du Québec se réalise par le truchement d'une déclaration unilatérale d'indépendance, le gouvernement du Canada pourrait et devrait insister pour obtenir des garanties spécifiques au sujet du respect de la protection des peuples autochtones ainsi que des minorités ethniques et nationales. Le Canada pourrait également insister pour que toute question irrésolue relative à la sécession soit réglée par voie de convention ou d'arbitrage.

La question des garanties des droits ancestraux est, naturellement, la plus importante. Les garanties constitutionnelles actuelles, prévues à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, disparaîtraient après l'indépendance, sauf si elles sont incorporées dans la nouvelle Constitution du Québec. Dans ces circonstances, certains peuples autochtones soutiennent que toute modification du statut politique du Québec exige leur accord, dans la mesure où cela pourrait porter atteinte à leurs droits<sup>129</sup>. Il serait certainement nécessaire d'obtenir le consentement de ces peuples avant d'apporter quelque modification que ce soit aux droits garantis par la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, car ils sont parties à cette convention.

Pour obtenir les garanties nécessaires, le Canada pourrait donner au Québec deux options : accepter les obligations de fiduciaire du Canada ou redéfinir sa relation avec les peuples autochtones conjointement avec eux. Ces deux options ont été envisagées dans l'ébauche du rapport de la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté<sup>130</sup>. Il se pourrait qu'elles ne soient pas très satisfaisantes ni pour le Canada ni pour les peuples autochtones. La première option, qui correspond essentiellement au *statu quo*, est contestée par les autochtones, du moins en ce qui a trait à sa mise en œuvre. La deuxième, celle d'une redéfinition de la relation, ne

fournit pas de garanties réelles aux peuples autochtones, car elle doit être négociée et acceptée.

Une troisième option, qui serait une combinaison des deux premières, se présente comme une solution préférable. Elle comporterait deux éléments : d'abord l'adoption d'une loi par l'Assemblée nationale du Québec, par laquelle le Québec accepterait les obligations de fiduciaire du Canada telles qu'elles ont été interprétées par les tribunaux, et deuxièmement, la négociation et la conclusion d'un traité (utilisé ici dans le sens où l'entendent les Indiens, c'est-à-dire un accord de nature sacrée), dans lequel seraient exposés les paramètres de leur autonomie gouvernementale. Les parties concernées pourraient fort bien conclure un traité-cadre, dans lequel seraient énoncés les paramètres généraux de l'autonomie gouvernementale, et divers autres traités avec les différents peuples concernés, où les paramètres de l'autonomie seraient énoncés de manière plus détaillée. Un accord-cadre de cette nature a été signé le 7 décembre 1994 entre l'Assemblée des chefs du Manitoba et le ministre fédéral des Affaires indiennes<sup>131</sup>.

#### *La reconnaissance du Québec par les autres États*

Dans l'éventualité où le Québec accéderait à la souveraineté, la reconnaissance de cet État par les autres serait considérablement influencée par l'attitude du Canada. Si le Québec obtenait la reconnaissance du Canada, les autres États accorderaient normalement la leur sans grande difficulté. Toutefois, il pourrait être délicat pour les autres États de reconnaître un Québec souverain avant que le Canada ne le fasse, car un tel geste pourrait influencer ou compromettre leurs relations actuelles avec le Canada. Il est certain que la décision des États-Unis concernant la reconnaissance du Québec serait fortement influencée par la décision du Canada. Si le Canada assujettit sa

reconnaissance à certaines conditions, il se pourrait que les États-Unis et tous les autres pays décident d'en faire autant.

### **Conclusion**

Voici les principales conclusions qu'on peut dégager de l'analyse qui précède.

1. Un État existe quand il satisfait aux critères fondamentaux (un territoire fixe, une population et un gouvernement effectif), mais il doit être reconnu par les autres États afin de pouvoir exercer les droits rattachés à sa souveraineté.
2. La reconnaissance individuelle est un acte politique et discrétionnaire des États. Il est donc possible que cette reconnaissance soit assortie de conditions.
3. La reconnaissance individuelle a perdu de son importance au profit de la reconnaissance collective, concrétisée par l'admission aux Nations Unies (voir la PARTIE IV du présent volume, à partir de la page 191).
4. Le Canada pourrait assujettir sa reconnaissance à des conditions telles que, (1) l'acceptation formelle de l'obligation de fiduciaire du Canada par une loi de l'Assemblée nationale du Québec (ou, de préférence, par une disposition spéciale de la Constitution du Québec); et (2) la conclusion d'un accord-cadre entre le Québec et ses peuples autochtones, par lequel le Québec reconnaîtrait à ces derniers le droit à l'autonomie gouvernementale et des droits connexes.
5. Les autres États pourraient subordonner leur reconnaissance individuelle d'un nouvel État québécois à des conditions similaires à celles imposées par le Canada.

**PARTIE IV**  
**L'obligation de fiduciaire du Canada**  
**envers les peuples autochtones du Québec**  
**et l'admission du Québec aux organisations internationales**

par Donat Pharand

Pour mieux expliquer le contexte de l'admission d'un éventuel État du Québec aux organisations internationales, nous nous pencherons d'abord sur la participation actuelle du Québec aux relations internationales et sur la formule proposée pour l'avenir. Nous examinerons ensuite les conditions d'admission aux Nations Unies et aux autres organisations internationales pour déterminer si l'admission du Québec pourrait être subordonnée à un engagement de respecter l'obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones.

**La participation du Québec aux relations internationales**

*La participation actuelle comme province*

Bien que le Québec ait eu des délégations à Paris et à Londres avant 1967, c'est seulement cette année-là qu'il a officiellement créé un ministère des Relations internationales<sup>132</sup>. Un des buts principaux de ce ministère consiste à stimuler le développement culturel, économique et social du Québec par l'établissement de relations internationales sous la responsabilité d'un ministre distinct. En 1989, ce ministère avait à son service plus de 500 personnes, chiffre auquel il faut ajouter le personnel des délégations du Québec à l'étranger. Le nombre de «représentants» du Québec à l'étranger s'établissait alors comme suit : 85 aux États-Unis, 74 en France, 85 ailleurs en Europe, 50 en Asie et 54 en Amérique latine. Cette même année, le nombre total des ententes ou accords internationaux conclus par le Québec s'élevait à 230, dont 25 % avec des États américains, 21 % avec des gouvernements africains,

16,5 % avec des gouvernements européens, France exclue. Le pourcentage des ententes conclues avec la France s'établissait à 16,5 %, celui des ententes avec les pays d'Amérique latine à 10 %<sup>133</sup>. En outre, durant la même période, le nombre des visites de ministres du Québec à l'étranger a augmenté dans des proportions analogues.

#### *La participation future aux relations internationales*

Dans son programme officiel, le Parti québécois consacre trois pages aux relations internationales<sup>134</sup>. Il déclare qu'il demandera d'abord l'admission aux Nations Unies et qu'il présentera ensuite une requête similaire aux grandes institutions spécialisées de l'ONU. Les institutions mentionnées spécifiquement sont l'UNESCO, l'OMS, l'OIT, la FAO et l'OACL. Le programme précise que le Québec demandera également son admission au GATT, à la Banque mondiale, au FMI et à l'OCDE. Il participera naturellement à l'Agence de coopération culturelle et technique des pays francophones (la Francophonie). Le Québec joue déjà un rôle actif au sein de cette organisation en qualité de «gouvernement participant», mais non en qualité d'État membre. Le programme prévoit également la participation au Commonwealth britannique ainsi que l'adhésion à l'OEA, à la CSCE, à l'AIE et à l'ALÉNA<sup>135</sup>. Il fait spécifiquement mention de relations commerciales accrues avec la France et en particulier avec les États-Unis.

En outre, l'avant-projet de loi sur la souveraineté, déposé à l'Assemblée nationale le 7 décembre 1994, indique que le Québec prendra toutes les mesures requises pour rester membre de l'OTAN et de NORAD<sup>136</sup>.

## **L'admission du Québec aux organisations internationales**

### *L'admission aux Nations Unies*

Les conditions d'admission aux Nations Unies sont énumérées au paragraphe premier de l'article 4 de la Charte, qui se lit comme suit :

Peuvent devenir membres des Nations Unies tous les autres États pacifiques qui acceptent les obligations de la présente Charte et, au jugement de l'Organisation, sont capables de les remplir et disposés à le faire.

En ce qui a trait à la procédure à suivre, deux étapes sont nécessaires : d'abord une recommandation du Conseil de sécurité, puis une décision de l'Assemblée générale. L'admission étant une question importante, la recommandation exige le vote affirmatif des cinq membres permanents du Conseil de sécurité. Toutefois, conformément à une pratique bien établie qui remonte à 1949, année de l'admission d'Israël, l'abstention d'un membre permanent n'est pas considérée comme un veto. Au moins 25 autres États ont bénéficié dans le passé d'une recommandation favorable du Conseil de sécurité, en dépit de l'abstention d'un membre permanent.

En ce qui concerne les conditions de fond énumérées au paragraphe premier, on peut se demander s'il est possible d'en ajouter une qui ne soit pas spécifiquement mentionnée dans la Charte. Cette question a été soulevée en 1948, lorsque l'Union soviétique s'est opposée à l'admission de certains États qui bénéficiaient de l'appui des États-Unis, et ceux-ci se sont ensuite opposés à l'admission d'États proposés par l'Union soviétique. L'Union soviétique a déclaré qu'elle était disposée à ne pas s'opposer à la candidature de l'Italie, que soutenaient les États-Unis, si les autres membres du Conseil de sécurité ne s'opposaient pas à l'admission de la Hongrie, de la Roumanie, de la Bulgarie et de la Finlande. Dans ces circonstances, on a demandé à la Cour internationale de Justice d'émettre un avis consultatif sur la question de savoir si oui ou non un membre de l'ONU était légalement

fondé à subordonner son consentement à l'admission d'un État à des conditions autres que celles expressément prévues au paragraphe premier de la Charte. La Cour a répondu à cette question par la négative :

Les conditions prescrites sont donc au nombre de cinq : il faut (1) être un État; (2) être pacifique, (3) accepter les obligations de la Charte; (4) être capable de remplir les obligations; (5) être disposé à le faire<sup>137</sup>.

La Cour a ajouté qu'il n'était pas possible de prétendre que «les conditions énumérées ne représentent qu'un minimum indispensable, en ce sens que des considérations politiques pourraient se superposer à elles et faire obstacle à l'admission d'un candidat qui les remplit».

Dans un deuxième avis, émis en 1950, la Cour a statué que le Conseil de sécurité ne pouvait être contourné et que sa recommandation était une condition préalable à la décision de l'Assemblée générale d'accorder le statut de membre à un État<sup>138</sup>.

Ces restrictions n'ont pas empêché les membres permanents du Conseil de sécurité de convenir, en 1955, d'un accord global en vertu duquel 16 États, notamment des candidats qui avaient été au préalable appuyés ou refusés par les deux superpuissances, ont été admis en bloc. Dans les circonstances que nous venons de décrire, les Nations Unies n'ont jamais fixé comme condition d'admission le respect des droits de la personne prévu dans des instruments internationaux comme les documents de la CSCE ou le Traité de Paris sur les droits des groupes minoritaires. Naturellement, une des conditions mentionnées à l'article 4 est que le nouveau membre accepte les obligations énoncées dans la Charte, dont celle qui consiste à «agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation» pour promouvoir le respect universel des droits de la personne et des libertés fondamentales sans distinction de race, de sexe, de langue et de religion<sup>139</sup>. En outre, le nouveau membre doit être jugé apte à remplir ces obligations et disposé à le faire.

En pratique, il ne semble pas que l'on ait consacré beaucoup de temps à déterminer ce désir et cette aptitude. On peut citer comme exemple l'admission, en 1992 et en 1993, des républiques de l'ancienne Yougoslavie. Il semble exister une présomption en faveur du respect de ces obligations par les nouveaux États. Si l'État membre ne les respecte pas, l'Assemblée générale peut le suspendre ou l'exclure de la participation à ses travaux. Cela s'est produit en 1976 à cause de la politique d'apartheid qu'appliquait l'Union d'Afrique du Sud. Une décision similaire a été prise en 1992 par l'Assemblée générale envers la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), empêchant ce pays de participer aux travaux de l'Assemblée et le forçant à solliciter son adhésion comme nouveau membre.

L'examen qui vient d'être fait indique clairement que toute demande d'admission de la part d'un Québec indépendant ne serait pas, selon toute probabilité, assujettie à un engagement préalable d'assumer l'obligation de fiduciaire du Canada envers ses peuples autochtones. Cependant, en tant que membre des Nations Unies, le Québec serait légalement tenu d'observer les dispositions relatives aux droits de la personne contenues dans la Charte et dont il a été fait mention plus haut.

#### *L'admission aux institutions spécialisées de l'ONU*

En raison de la charte constitutive des institutions spécialisées de l'ONU et de la pratique suivie par ces dernières, il est assez facile pour les États d'en devenir membres, en particulier s'ils ont déjà été admis à l'ONU. On trouvera ci-dessous un bref aperçu des conditions d'admission à l'UNESCO, à l'OMS, à la FAO, à l'OACT et à l'OIT.

*UNESCO (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture)*

La charte constitutive de l'UNESCO stipule que l'admission aux Nations Unies implique le droit d'adhésion à l'UNESCO, ce qui explique pourquoi les membres de l'une sont presque toujours membres de l'autre.

*OMS (Organisation mondiale de la Santé)*

Les membres qui souscrivent à la charte constitutive de l'ONU sont automatiquement membres, et les non-membres de l'ONU peuvent également être admis à l'OMS par un vote à la majorité simple de l'Assemblée.

*FAO (Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture)*

Les États doivent accepter la charte constitutive de l'Organisation et ils sont admis par un vote à la majorité des deux tiers des membres de la Conférence.

*OACI (Organisation de l'aviation civile internationale)*

Tout nouvel État peut devenir membre de l'Organisation en adhérant à la Convention de Chicago de 1944 et en acceptant les obligations exposées dans cette convention.

*OIT (Organisation internationale du Travail)*

Les membres de l'ONU peuvent adhérer à cette organisation en souscrivant officiellement aux obligations contenues dans la charte constitutive de cette dernière. L'OIT est également ouverte aux autres États, et l'admission se fait par vote à la majorité des deux tiers des délégués à une session de la Conférence.

Bien que toutes ces institutions spécialisées aient dans leurs règlements d'importantes dispositions concernant les droits de la personne, elles ne semblent pas attacher d'importance particulière à cet élément au moment de l'examen d'une candidature, et certainement pas au point de faire des garanties des droits de la personne une condition d'admission. Par exemple, il serait compréhensible, étant donné que l'amélioration des conditions de travail et de vie par le biais de conventions et de recommandations constitue un des buts essentiels de l'OIT, que tout nouvel État soit tenu de contracter certains engagements à ce sujet au moment de son admission. Ce n'est toutefois pas le cas. L'Organisation estime peut-être qu'il est préférable d'ouvrir ses portes au plus grand nombre possible d'États, quitte à exercer ensuite sur eux, par la persuasion, une influence favorable aux droits de la personne.

#### *L'admission à certaines organisations économiques*

Par suite de la mondialisation des marchés et de la libéralisation consécutive des mouvements de capitaux à l'échelle de la planète, un Québec souverain voudra et devra bénéficier de l'adhésion aux grandes organisations économiques. On trouvera ci-après un résumé des conditions d'admission aux organismes suivants : le FMI, la Banque mondiale, l'OCDE, le GATT/OCM, l'ALE et l'ALENA.

#### *FMI (Fonds monétaire international)*

Cette organisation est ouverte à tous les États disposés à accepter les obligations qu'elle impose. Pour acquérir le statut de membre, il suffit de ratifier les Statuts et d'accepter les conditions fixées par le Conseil des gouverneurs.

### *Banque mondiale*

L'adhésion au groupe de la Banque mondiale est limitée aux membres du FMI et aux États qui ratifient les Statuts de la Banque ainsi que les modalités fixées par cette dernière.

### *OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques)*

Bien qu'à l'origine cette organisation ait été strictement une organisation régionale européenne, elle comprend maintenant les États-Unis, le Canada et le Mexique. L'admission de nouveaux États y est assujettie au consentement unanime des membres. Naturellement, l'adhésion à cette organisation renforcerait le prestige du Québec et sa crédibilité sur la scène internationale.

### *GATT/OCM (Organisation du commerce mondial)*

En vertu de l'article 33 du GATT, l'admission d'un nouvel État se fait conformément aux modalités acceptées par les parties contractantes, ce qui signifie une décision à la majorité des deux tiers. Le nouvel État doit ratifier le Protocole d'accession avant de devenir membre. Depuis 1993, année où la Fédération de Russie a sollicité le statut de membre, l'Organisation crée un groupe de travail chaque fois qu'un État présente une requête en vue de négocier les modalités qui seront insérées dans le Protocole. Le groupe de travail rédige un rapport qui est soumis au Conseil du GATT pour discussion et adoption. Par exemple, la Slovénie est devenue le 124<sup>e</sup> membre du GATT le 30 octobre 1994, après avoir négocié les modalités du Protocole d'accession avec un groupe de travail. Ce groupe étudie à l'heure actuelle la demande d'admission de ce pays à l'Organisation du commerce mondial.

*ALE (Accord de libre-échange)*

Cette association de libre-échange étant fondée sur un traité bilatéral entre le Canada et les États-Unis, un nouvel État ne peut en devenir membre qu'avec le consentement des parties. L'adhésion à l'ALE pourrait constituer pour le Canada et les États-Unis une décision politique importante. Il semble qu'une convention établissant une association économique entre le Canada et le Québec faciliterait grandement l'admission du Québec à l'ALE et probablement à l'ALENA également. De même, le Canada pourrait refuser son consentement jusqu'à ce qu'il soit convaincu que le Québec respectera l'obligation fiduciaire envers ses peuples autochtones.

*ALENA (Accord de libre-échange nord-américain)*

Cet accord de libre-échange entre les États-Unis, le Mexique et le Canada, qui a été conclu en décembre 1992, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Il prévoit que «tout pays ou groupe de pays pourra accéder au présent accord, sous réserve des conditions convenues entre ce pays ou groupe de pays et la Commission<sup>140</sup>». La Commission est la «Commission du libre-échange», qui supervise l'application de l'Accord. Celui-ci spécifie en outre que tous les pays de l'ALENA doivent donner leur assentiment à l'accession d'un nouvel État. Il stipule que «le présent accord ne s'appliquera pas entre une partie et tout pays ou groupe de pays qui y accède si, à la date d'accession, l'un ou l'autre ne consent pas à son application<sup>141</sup>». Conformément à cette disposition, il a été décidé au Sommet des Amériques, tenu en décembre 1994, d'engager des négociations avec le Chili pour qu'il en devienne, le 1<sup>er</sup> janvier 1996, le quatrième membre<sup>142</sup>. Cette exigence relative au consentement de toutes les parties à l'adhésion d'un nouveau membre, dans le cas d'un traité conclu entre un petit nombre d'États, est conforme à une règle bien établie du droit des traités<sup>143</sup>.

Il est important de mentionner que l'ALENA contient des dispositions spéciales relatives à la protection des peuples autochtones de chacun des pays signataires. La protection concerne les dispositions de l'Accord relatives aux services et investissements hors frontières. Dans l'Annexe réservée au Canada, il est prévu que le Canada se réserve le droit d'adopter et d'appliquer toute mesure refusant aux investisseurs ou à toute autre partie toute préférence ou droits accordé aux peuples autochtones<sup>144</sup>. Cette annexe fait également référence aux mesures prévues dans la Constitution de 1982. Les annexes consacrées aux autres parties contractantes contiennent des dispositions similaires. Dans le cas du Mexique, l'Annexe fait référence aux «groupes désavantagés» et, dans celui des États-Unis, aux «minorités socialement ou économiquement désavantagées<sup>145</sup>».

Bien qu'on puisse concevoir que ces organisations économiques et financières puissent insister pour obtenir des garanties d'un Québec souverain en ce qui concerne le traitement des peuples autochtones et des groupes minoritaires nationaux, les droits de la personne ne constituent pas une priorité pour ces organisations. Dans le cas de l'ALE et de l'ALENA, toutefois, il n'y a pas de doute que le Canada pourrait subordonner à l'obtention de telles garanties son consentement à l'adhésion du Québec comme nouveau partenaire.

#### *L'admission à la CSCE*

La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, qui a été créée en 1975, a élaboré au fil des ans une politique très importante en matière de droits de la personne, qu'elle applique à ses activités. Bien qu'au début les principes de souveraineté des États et de non-intervention aient eu une grande importance au sein de cette organisation, il est maintenant clair que la considération relative aux droits de la personne est en train de prendre le pas sur celle de la

souveraineté. Cela a été particulièrement manifeste aux deux conférences de 1990 : celle tenue en juin à Copenhague sur la dimension humaine et celle de Paris en novembre. La Charte de Paris a fait de la protection et de la promotion des droits de la personne «la responsabilité première des gouvernements<sup>146</sup>».

Plus significatif encore a été le Sommet d'Helsinki de 1992, où la CSCE a pris un certain nombre de décisions visant à renforcer ses institutions et structures, en particulier la nomination d'un haut-commissaire aux minorités nationales. Cette décision stipule que le haut-commissaire sonnera rapidement l'alerte et au besoin entreprendra une action rapide si des tensions créant des problèmes pour une minorité nationale risquent de déclencher un conflit et de menacer la paix, la stabilité et les relations entre les États participants<sup>147</sup>.

La Conférence regroupe maintenant 54 États, dont le Canada. Bien qu'elle ne possède pas de charte constitutive et n'ait pas déterminé de conditions officielles pour l'octroi du statut d'État participant, elle a créé une pratique intéressante en 1992 lorsqu'elle a étudié la demande d'adhésion de l'Albanie. Depuis lors, la Conférence demande aux États qui sollicitent le statut de membre de souscrire à l'Acte final d'Helsinki, à la Charte de Paris et aux autres instruments qu'elle a adoptés. En outre, ce qui est peut-être même plus important, le pays solliciteur doit accueillir certains observateurs nommés par la CSCE et leur permettre de dresser un rapport sur la situation des droits de la personne dans ce pays.

Dans ces circonstances, il se pourrait bien que la Conférence demande au nouvel État du Québec de souscrire aux obligations qu'elle a fixées en matière de droits de la personne et de consentir à ce qu'un groupe d'observateurs effectue une visite et dresse un rapport sur cette question.

### *L'admission à l'OTAN et à NORAD*

Le consentement de toutes les parties est nécessaire à l'admission à l'Organisation du Traité de l'Atlantique-Nord et au Commandement de la Défense aérospatiale de l'Amérique du Nord.

Le Traité de l'Atlantique-Nord de 1949 stipule que les parties peuvent, d'un accord unanime, inviter à adhérer au Traité tout autre État européen en mesure de contribuer à renforcer les principes du Traité et la sécurité de la région de l'Atlantique-Nord<sup>148</sup>. Si le traité n'envisage de nouveaux membres que parmi les pays d'Europe, c'est que les deux seuls pays non européens et indépendants de la région de l'Atlantique-Nord (les États-Unis et le Canada) étaient déjà parties au traité original. Cette condition géographique ne pose toutefois pas de problème, car tout le territoire du Québec faisait partie du Canada en 1949.

En ce qui a trait à la contribution possible à la sécurité de la région, le simple fait qu'un État se trouve dans la région géographique concernée joue en faveur de son adhésion au traité. Il reste à savoir si les États membres tiendraient compte du traitement que le Québec accorde à sa population autochtone au moment de décider de l'inviter à adhérer au traité.

En ce qui concerne NORAD, le consentement des parties (les États-Unis et le Canada) constitue un préalable absolu, car il s'agit strictement d'un traité bilatéral. Ici encore, on comprend qu'en raison de sa position géographique le Québec veuille adhérer à ce traité. Mais chacune des parties peut, théoriquement du moins, assujettir son consentement aux conditions qu'elle désire fixer.

### *L'admission à l'Organisation des États américains*

L'admission à l'Organisation des États américains (OEA) a suscité un courant favorable au Canada français depuis la Conférence de l'Union panaméricaine tenue à Lima en 1938<sup>149</sup>. Il n'est donc pas surprenant

que le programme du Parti québécois envisage l'adhésion à l'OEA. La charte constitutive de cette organisation stipule que «la qualité de membre de l'Organisation est limitée aux États indépendants du continent, qui, au 10 décembre 1985, étaient membres des Nations Unies<sup>150</sup> [...]» La demande d'admission doit être adressée au Secrétaire général, et l'État qui pose sa candidature doit déclarer qu'il est disposé à signer et à ratifier la Charte de l'Organisation et à accepter toutes les obligations inhérentes au statut de membre, en particulier celles relatives à la sécurité collective qui sont énoncées expressément aux articles 27 et 28 de la Charte<sup>151</sup>. Au sujet de l'obligation d'appliquer les mesures du Traité de Rio, l'article 28 n'a pas été observé pendant près de 30 ans, l'Organisation ayant permis à des États de devenir membres sans être parties au Traité de Rio. Par conséquent, il est maintenant possible d'adhérer à l'OEA simplement en adhérant à la Charte de Bogota<sup>152</sup>. C'est ainsi que le Canada est devenu membre à part entière de l'OEA, après avoir été un simple observateur pendant plus de 15 ans.

Il n'y a aucune raison évidente de croire qu'un État du Québec ne serait pas admis à l'OEA de la manière qu'on vient de décrire. En outre, il n'y a rien dans la Charte de Bogota qui traite de la promotion ou du respect des droits de la personne. Il est vrai que l'Amérique latine a, en théorie, élaboré un système régional assez complexe de promotion et de protection des droits de la personne, mais dans la pratique, c'est une tout autre affaire. L'OEA possède, un peu à la manière du système européen, une commission et un tribunal des droits de la personne et elle reçoit des plaintes des individus. Dans le cadre de sa pratique, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a demandé au Canada de préparer, en tant que nouveau membre, un rapport sur la protection des droits de la personne. Le Canada a présenté ce rapport en février 1992 et il y souligne la protection qui est prévue dans sa Constitution, la législation et l'ensemble des mécanismes de protection

qu'il a élaborés, les programmes d'éducation et les programmes de relations interraciales qu'il a mis en œuvre, le rapport traite aussi de la coopération intergouvernementale et internationale du Canada dans les questions relatives aux droits de la personne<sup>153</sup>. On présume que la production de ce rapport n'était pas une condition d'admission du Canada à l'Organisation et qu'il serait donc peu probable qu'on fasse de cet élément une condition d'admission pour un nouvel État du Québec.

### **Conclusion**

Il est possible de tirer de l'analyse qui précède certaines conclusions relatives à l'admission d'un Québec souverain aux organisations internationales.

1. L'admission aux Nations Unies est subordonnée à cinq conditions, et la liste de ces conditions est exhaustive (avis consultatif de la CIJ, 1948 et 1950). Une de ces conclusions est l'acceptation des obligations imposées par la Charte des Nations Unies, en particulier la prise de mesures en vue de réaliser le respect universel des droits de la personne.
2. Il n'est pas possible d'ajouter officiellement de nouvelles conditions, mais rien n'empêche les États de prendre d'autres facteurs *en considération* au moment de voter au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale. Dans cet ordre d'idées, l'attitude d'un pays envers ses populations autochtones pourrait être un des éléments pris en considération.
3. Bien que l'on puisse imaginer que les institutions spécialisées et les organisations économiques puissent subordonner au respect de certains droits de la personne l'admission d'un État, cela ne se fait pas en pratique.
4. L'adhésion à l'AIE ne peut s'effectuer qu'avec le consentement des deux parties, car il s'agit d'un traité bilatéral, et le Canada

pourrait refuser son assentiment tant qu'il n'est pas convaincu que le Québec respectera l'obligation de fiduciaire envers ses populations autochtones.

5. L'accession à l'ALENA ne peut se faire qu'avec le consentement de toutes les parties contractantes (article 2204) et, ici également, le Canada pourrait assujettir son assentiment à l'obtention de garanties adéquates du Québec concernant les populations autochtones.
6. La CSCE n'a pas de charte constitutive, mais depuis 1992, elle exige que les États qui sollicitent l'adhésion souscrivent à ses principaux instruments. En outre, tout nouvel État demandant l'admission doit accueillir des observateurs de la CSCE et les autoriser à rédiger un rapport sur la situation des droits de la personne.
7. L'adhésion aux traités de défense, soit l'OTAN et NORAD, exige le consentement de toutes les parties; aucune mention n'est faite du respect des droits de la personne ni du traitement des autochtones.
8. L'admission à l'OEA n'est pas assujettie au respect des droits de la personne, ni en vertu de la Charte de Bogota ni dans la pratique.

**PARTIE V**  
**Conclusion relative aux obligations de fiduciaire du Canada**  
**envers les peuples autochtones du Québec**  
**en vertu du droit international**

**Généralités**

1. En droit international, le gouvernement du Canada a le devoir de protéger les droits des peuples autochtones qui relèvent de sa compétence. Bien que la terminologie employée en droit international pour décrire ce devoir soit variable, celui-ci équivaut à ce que nous appelons dans le présent rapport les «obligations de fiduciaire».
2. Dans la communauté mondiale, les «peuples autochtones» sont identifiés par des appellations diverses, notamment «peuples indigènes». Dans le présent rapport, nous avons préféré retenir l'usage canadien, mais notre analyse englobe l'évolution de la situation relative aux identifications équivalentes.
3. Les droits des peuples autochtones ont évolué rapidement au cours des dernières années, en droit international; c'est là le résultat du processus de décolonisation, de mesures juridiques internationales pour la protection des droits de la personne et des peuples vulnérables, et du militantisme des peuples autochtones sur la scène mondiale. Le Canada a généralement appuyé cette expansion des droits accordés aux peuples autochtones.
4. Dans les principaux textes du droit international, on a délaissé l'approche assimilatrice concrétisée par la Convention n° 107 (1957) de l'Organisation internationale du Travail, au profit d'une approche axée sur le respect de l'autonomie et sur le droit à l'autodétermination administrative, comme l'exprime la Convention n° 169 (1989) de la même organisation. Ce dernier texte n'affirme pas le droit à l'autodétermination des peuples

autochtones, mais ce droit est la pièce maîtresse du projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, actuellement à l'étude à l'ONU.

5. Le Canada n'a pas encore ratifié la Convention n° 169, même s'il a participé activement et de façon positive aux négociations qui ont mené à son adoption. De nombreux experts s'entendent aujourd'hui pour dire que le contenu de la Convention n° 169 reflète en bonne partie le droit international coutumier existant ou naissant, et que celle-ci représente par conséquent un élément des obligations de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones.

#### **Le droit à l'autodétermination**

6. Les peuples autochtones du Québec disposent du droit à l'autodétermination, quoique la pleine signification de ce droit n'ait pas encore été définie de façon précise en droit international.
7. La participation, à part entière et en temps opportun, à tout ce qui pourrait influencer sur les arrangements politiques, économiques et culturels associés aux niveaux actuels d'autonomie des peuples autochtones, et en particulier d'autonomie gouvernementale, reconnus par le droit constitutionnel canadien et par le droit international, constitue un aspect incontesté de ce droit à l'autodétermination.
8. La perspective de l'accession du Québec à la souveraineté et des négociations associées à ce processus offre à coup sûr une occasion de présenter des exigences justifiables en matière de participation opportune et véritable des peuples autochtones. Dans le cadre de ses responsabilités fiduciaires, le gouvernement du Canada doit s'assurer que les modalités de cette participation répondent aux exigences du droit international; il doit soumettre

à la négociation des interprétations raisonnables de son applicabilité, après une consultation en bonne et due forme avec les représentants des peuples autochtones touchés. Le droit à la participation semble comprendre l'élaboration d'un cadre de participation qui soit sensible aux différentes orientations et aspirations des divers peuples autochtones touchés.

10. Il est particulièrement important de trouver des mécanismes permettant de résoudre les objections aux changements d'affiliation proposés au nom des peuples autochtones, s'il est impossible de les régler par négociation, on peut présumer que la présentation de ces objections pourrait se faire selon un mécanisme d'arbitrage établi par accord mutuel, dans un cadre incluant le respect des normes et des principes pertinents du droit international et compte tenu de l'évolution récente du droit international coutumier, qui s'est montré de plus en plus sensible aux principales revendications des peuples autochtones.
11. En vertu du droit canadien établi, les tribunaux et les autres institutions gouvernementales du Canada appliquent automatiquement à l'intérieur du pays les règles coutumières du droit international, à condition seulement que ces règles n'entrent pas directement en conflit avec les lois canadiennes et ne semblent pas empiéter sur les normes contenues dans la Constitution canadienne.
12. Il est important de reconnaître qu'il n'existe pas de précédent pertinent et que les principes généraux à appliquer ne permettent pas à eux seuls de résoudre les contradictions qui pourraient surgir entre les revendications susceptibles d'être proposées par le gouvernement du Québec à la suite d'un référendum démocratique et par les représentants des peuples autochtones, à partir d'interprétations différentes du droit à l'autodétermination.

Étant donné l'évolution de la situation, le gouvernement du Canada devra accepter la responsabilité de fournir des directives visant à protéger les droits et le bien-être des diverses nations autochtones, en consultation avec leurs dirigeants. En s'acquittant de cette responsabilité, il devra tenir compte de la vulnérabilité des peuples autochtones et des abus dont ils ont été victimes dans le passé. La reconnaissance du droit de ces peuples à l'auto-détermination, qui n'implique ni le droit, ni l'intention de réclamer l'indépendance, démontrerait clairement que le Canada s'acquitte de ses obligations en vertu du droit international. De toute façon, le gouvernement canadien a l'occasion de créer un précédent constructif par la place qu'il fera aux droits des peuples autochtones dans sa nouvelle relation avec le Québec. Si l'issue du référendum favorise une forme quelconque de séparation, ce sera l'occasion de préciser le droit à l'auto-détermination dans le contexte précis d'une sécession, sans perdre de vue les droits des peuples autochtones.

13. L'histoire et l'expérience des peuples autochtones ressemblent à celles des peuples coloniaux, dans la plupart de leurs aspects essentiels; le droit international se dirige d'ailleurs vers une reconnaissance plus étendue et plus officielle de cet état de fait, du moins implicitement, dans le cadre du projet de déclaration des droits des peuples autochtones.
14. En supposant que l'accession à la souveraineté ne puisse pas se faire par la négociation et dans le respect des normes minimales du droit international, les droits de participation et les droits fondamentaux des peuples autochtones seraient niés, et le recours à des mesures plus draconiennes, c'est-à-dire une demande d'indépendance ou de réaffiliation avec le Canada, semblerait alors justifié par le droit à l'autodétermination dont ces peuples

semblent désormais disposer. Une des conséquences malheureuses qu'il y a à traiter la sécession comme une question de fait, et non de droit, c'est que cela porte à croire que c'est seulement par force, c'est-à-dire en créant une situation donnée sur le terrain, qu'on peut en arriver aux *résultats* de l'auto-détermination, puisque le *droit* de réclamer ces résultats fait l'objet d'une résistance aussi opiniâtre.

### **Les obligations de fiduciaire et la reconnaissance du Québec**

15. Un État existe lorsqu'il répond aux critères essentiels (un territoire fixe, une population et un gouvernement effectif), mais il doit être reconnu par les autres États afin de pouvoir exercer son droit à la souveraineté.
16. La reconnaissance par les divers États est un acte politique et discrétionnaire; par conséquent, elle peut toujours être conditionnelle.
17. La reconnaissance individuelle a perdu une partie de son importance avec l'avènement de la reconnaissance collective, par l'admission des États aux Nations Unies.
18. Le Canada pourrait imposer certaines conditions avant de reconnaître un Québec indépendant, par exemple : (a) l'acceptation officielle des obligations de fiduciaire de ce dernier par une loi de l'Assemblée nationale du Québec (ou, de préférence, par une disposition spéciale dans sa Constitution), et (b) la signature, entre le Québec et ses peuples autochtones, d'une entente-cadre garantissant à ces derniers le droit à l'autonomie gouvernementale et des droits connexes.
19. D'autres États pourraient également imposer, pour accorder leur reconnaissance individuelle, des conditions semblables à celles du Canada.

## **L'admission du Québec dans les organisations internationales**

20. Pour être admis aux Nations Unies, l'État candidat doit respecter cinq conditions, qui sont exhaustives. L'une de ces conditions porte sur l'acceptation des obligations prévues dans la Charte, et tout particulièrement celles qui visent les mesures à prendre pour assurer le respect universel des droits de la personne.
21. Aucune condition supplémentaire ne peut être ajoutée officiellement, mais rien n'empêche les États de tenir compte de divers autres éléments, par exemple de l'attitude de l'État candidat envers ses peuples autochtones, lorsqu'ils sont appelés à voter soit au Conseil de sécurité, soit à l'Assemblée générale.
22. Bien que les institutions spécialisées et les organisations économiques puissent en principe imposer le respect de certains droits fondamentaux comme condition d'admission, ils ne le font pas dans la pratique.
23. La participation à l'Accord de libre-échange ne peut se faire qu'avec le consentement des deux parties, puisqu'il s'agit d'un traité bilatéral, et le Canada pourrait retenir son consentement jusqu'à ce qu'il soit convaincu que le Québec respectera ses obligations de fiduciaire envers ses peuples autochtones.
24. La participation à l'ALENA ne peut se faire qu'avec le consentement de toutes les parties en cause; là encore, le Canada pourrait décider de subordonner son consentement à l'obtention de garanties suffisantes du Québec au sujet de ses peuples autochtones.
25. La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) n'a pas de statuts officiels, mais dans la pratique, les États candidats doivent depuis 1992 ratifier ses principaux instruments pour y être admis. En outre, tout nouvel État qui demande son admission doit autoriser les observateurs de la CSCE à visiter le

pays et à rédiger un rapport sur la situation des droits de la personne dans ce pays.

26. L'admission aux deux alliances de défense, l'OTAN et NORAD, exige le consentement de toutes les parties; le respect des droits de la personne ou le traitement des peuples autochtones ne sont pas un critère.
27. L'admission à l'Organisation des États américains n'est pas subordonnée au respect des droits de la personne, ni en vertu de la Charte de Bogota, ni dans la pratique.

## ANNEXE I

### L'obligation de fiduciaire du Canada et la succession du Québec aux droits et obligations du Canada en cas de sécession

par Donat Pharand

#### Observations préliminaires sur la succession d'États

Bien qu'elle soit très ancienne, la question de la succession d'États est restée un chapitre fort complexe et quelque peu incertain du droit international. La succession d'États couvre deux grands domaines : premièrement, les biens, les archives et les dettes de l'État, et deuxièmement, les traités. La Commission du droit international a essayé de clarifier les questions liées à la succession d'États en préparant un projet d'articles qui a servi de base à deux conventions. La première est la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, adoptée en août 1978, et la deuxième, la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, adoptée en avril 1983.

Ces conventions n'ont pas encore reçu le nombre de ratifications nécessaire pour entrer en vigueur. Néanmoins, les États les considèrent comme une source d'inspiration au sujet des principes de droit international régissant la succession d'États. Par exemple, en 1992, la Commission d'arbitrage créée par la Communauté européenne a statué que le phénomène de succession d'États était régi par les principes de droit international dont sont inspirées les Conventions de Vienne du 23 août 1978 et du 8 avril 1983<sup>154</sup>.

Nous nous limiterons ici à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités. Le préambule de la Convention précise cependant que les règles du droit coutumier continueront de s'appliquer aux questions non couvertes par les dispositions de la

Convention. En outre, il est précisé à l'article 5 que «le fait qu'un traité n'est pas considéré en vigueur à l'égard d'un État [...] n'affecte en aucune manière le devoir de cet État de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité<sup>155</sup>». Cette disposition établit clairement qu'il existe un ensemble de principes de droit international dont l'application est indépendante de celle des traités.

L'ensemble de lois en question comprend les principes de droit international coutumier, dont certains seraient des normes impératives au regard desquelles aucune dérogation n'est permise<sup>156</sup>. Par exemple, la Commission d'arbitrage sur la Yougoslavie estime que les normes impératives du droit international général et, en particulier, le respect des droits fondamentaux de l'individu et des droits des peuples et des minorités lieent toutes les parties à la succession<sup>157</sup>.

Dans ces circonstances, nous examinons dans la présente annexe la succession des droits et obligations qui incomberaient au Québec, en sa qualité d'État successeur du Canada, à la lumière de deux sources du droit : (1) les dispositions de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités; et (2) le droit international coutumier.

### **La succession du Québec en vertu de la Convention de Vienne**

L'incertitude dans laquelle baignait le droit international coutumier au moment de l'élaboration et de l'adoption de la Convention se reflète dans les dispositions de cette dernière. Certaines de ces questions reposent sur le point de vue selon lequel un nouvel État fait table rase du passé à sa création et n'est pas lié par les traités de son prédécesseur, tandis que d'autres dispositions reposent sur l'idée qu'il y a continuité des traités pour l'État successeur. Pour mieux comprendre les principes qui ont été incorporés à la Convention, il est nécessaire d'examiner

brèvement la signification de ces doctrines opposées et de déterminer les fondements de leurs principales dispositions.

*Continuité ou table rase : deux approches divergentes*

La doctrine et la pratique des États reflètent deux approches ou points de vue opposés. Selon la théorie de la continuité, l'État successeur, en général une ancienne colonie, serait toujours lié par les traités que l'État prédécesseur avait conclus, habituellement la mère patrie. Sans aucun doute, cette règle est celle qui a été appliquée jusqu'à la Seconde Guerre mondiale par les anciens Dominions britanniques, notamment le Canada. Depuis la Seconde Guerre mondiale, en particulier avec l'intense mouvement d'indépendance des années 60, c'est la nouvelle doctrine de la table rase qui a été généralement appliquée. Invoquant le droit à l'autodétermination et le principe d'égalité des États souverains, les nouveaux États ont voulu faire table rase du passé. Ils désiraient pouvoir accepter ou rejeter les traités conclus par l'ancien maître de leurs relations étrangères. Ce point de vue est devenu la règle dominante dans les questions de succession d'États en matière de traités, à l'exception des traités territoriaux et des traités de frontière, qui créent des situations juridiques ou foncières au lieu d'établir des relations personnelles.

Au moment où la Commission du droit international rédigeait les articles en 1974, le rapporteur spécial, sir Francis Vallat, a résumé l'état du droit sur la question. Après avoir analysé les commentaires des gouvernements sur le projet d'articles, il a décrit en ces termes la situation juridique :

[TRADUCTION] on ne peut dire avec certitude qu'il existe une règle établie et généralement acceptée de droit international coutumier selon laquelle un État nouvellement indépendant est en général libéré de toute obligation au regard des traités de son prédécesseur. Néanmoins, la tendance de la pratique moderne et de la doctrine va dans cette direction, et la *métaphore de la table rase*, telle qu'elle est comprise et appliquée par la Commission,

*est plus conforme que contraire à cette pratique et à la doctrine.*  
En outre, les États membres ont donné un appui massif à la doctrine de la table rase<sup>158</sup>.

Étant donné que l'opinion dominante et la pratique des États favorisaient la théorie de la table rase, le rapporteur spécial a proposé à la Commission de terminer la préparation du projet de statut sur cette base. Sa suggestion a été suivie, sauf en ce qui a trait aux traités de frontière et aux traités territoriaux. En 1978, toutefois, la Conférence des États a ajouté d'autres exceptions au moment d'adopter la Convention. Il s'ensuit qu'il n'existe pas d'accord général sur les dispositions qui sont une simple codification du droit international coutumier ni sur celles qui représentent une nouvelle évolution.

Cette incertitude persistera jusqu'à ce que se produise l'un des deux scénarios suivants. Le premier serait la ratification ou l'adhésion de 15 États pour l'entrée en vigueur de la Convention. Le second se produira simplement avec le temps et l'acceptation générale des dispositions de la Convention dans la pratique des États, ce qui en fera des principes de droit international coutumier.

#### *Règle de la table rase, avec exceptions*

La règle de la table rase a été retenue en principe pour la succession d'États dans deux situations : le cas des États nouvellement indépendants et l'intégration d'un État dans un autre. Avant d'examiner les dispositions pertinentes, il est important de comprendre le sens donné par la Convention aux deux expressions clés : «succession d'États» et «États nouvellement indépendants».

La Convention définit la succession d'États comme le remplacement d'un État par un autre sur le plan de la responsabilité des relations internationales. Le remplacement peut être total ou partiel. Il est total lorsque l'État était une colonie ou un État protégé. Il est partiel

lorsque seulement une partie du territoire d'un État est incorporée dans une autre.

L'expression «État nouvellement indépendant» s'entend d'un État successeur dont le territoire, immédiatement avant la date de la succession d'État, était un territoire dépendant dont l'État prédécesseur avait la responsabilité des relations internationales. L'expression «territoire dépendant» désigne une colonie, un territoire sous tutelle ou mandat, un protectorat ou tout territoire non autonome.

### *États nouvellement indépendants*

La règle de la table rase adoptée pour les États nouvellement indépendants, telle que définie dans la Convention, s'exprime comme suit :

Un État nouvellement indépendant n'est pas tenu de maintenir un traité en vigueur ni d'y devenir partie du seul fait qu'à la date de la succession d'États le traité était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'États. (article 16)

La Convention précise la manière d'appliquer cette règle générale, d'abord aux traités multilatéraux et ensuite aux traités bilatéraux. Pour ce qui est des traités multilatéraux, les États nouvellement indépendants peuvent, en ce qui a trait aux traités en vigueur sur leur territoire au moment de l'indépendance, opter pour la continuité par notification écrite de la succession. Cependant, cette option ne s'applique pas dans les deux situations suivantes :

premièrement, si l'application d'un traité à l'égard de l'État nouvellement indépendant est incompatible avec l'objet et le but du traité ou si elle change radicalement les conditions d'exécution du traité;

deuxièmement, si le consentement des autres parties est requis en vertu des termes du traité ou en raison du nombre restreint des États (article 17, paragraphes 2 et 3).

En ce qui concerne les traités bilatéraux, les deux parties doivent donner leur accord de manière expresse ou exprimer leur consentement par leur comportement avant que le nouvel État indépendant ne soit accepté comme partie.

#### *Incorporation d'un État à un autre*

Lorsqu'une partie du territoire d'un État devient une partie du territoire d'un autre État, il s'ensuit une modification du régime prévu par les traités. Cela s'est produit en 1949, lorsque les traités applicables à Terre-Neuve (dont la Grande-Bretagne assumait la responsabilité en matière de relations internationales) ont été remplacés par ceux du Canada. Le principe applicable en l'espèce est habituellement désigné par l'expression «principe de la variabilité des limites territoriales». Toutefois, cette règle ne pourrait être invoquée si l'application d'un traité au territoire incorporé était incompatible avec l'objet et le but de ce traité ou en modifiait radicalement les conditions d'application (article 15). En outre, le nouveau régime établi par le traité serait assujéti à tout traité territorial tel qu'un bail à long terme conclu avec un autre État. C'était le cas pour le territoire de Terre-Neuve, sur lequel la Grande-Bretagne avait concédé aux États-Unis un bail de 99 ans pour l'établissement d'une base navale<sup>159</sup>.

#### *Règle de la continuité, avec exceptions*

La Convention prévoit l'application de la règle de la continuité dans trois cas : premièrement, lorsqu'il y a un traité de frontière ou un traité territorial en vigueur; deuxièmement, lorsque les deux États s'unissent pour en former un seul; troisièmement, en cas de sécession ou de séparation d'une partie d'un État.

### *Traités de frontière et traités territoriaux*

La Convention confirme simplement la règle établie selon laquelle les traités à caractère normatif ou foncier continuent de s'appliquer, en dépit d'une succession d'États. Un traité établissant une frontière ou un régime de frontière n'est pas affecté par une succession d'États (article 11). Cette interprétation est conforme à une règle contenue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui stipule que même une modification fondamentale des circonstances ne peut être invoquée pour mettre fin à un traité qui établit une frontière ou pour s'en retirer (article 62).

La même règle de continuité s'applique aux autres régimes territoriaux, c'est-à-dire à l'utilisation de tout territoire ou aux restrictions relatives à cette utilisation (article 12). Par exemple, les traités relatifs aux droits de passage sur un territoire, à certains droits d'usage de l'eau ou à la navigation sur des cours d'eau sont considérés comme établissant des régimes objectifs et continuent de s'appliquer. La Convention exclut toutefois spécifiquement les traités relatifs à des bases militaires étrangères, par exemple la base navale américaine de Terre-Neuve au moment de l'intégration de ce territoire au Canada en 1949. Le Canada a accepté à l'époque de maintenir la base, mais il est possible qu'il l'ait fait volontairement, et non en raison d'une obligation.

### *Fusion de plusieurs États*

La Convention prévoit l'application de la règle de la continuité lorsque deux ou plusieurs États s'unissent pour former un État successeur. Tous les traités auxquels l'un de ces États était partie contractante au moment où ils se sont unis restent en vigueur pour le nouvel État unifié. Cette règle s'applique sauf si les États en décident autrement ou si l'application d'un traité est incompatible avec l'objet et le but de

l'ancien traité ou en modifie radicalement les conditions d'application (article 32).

### *Séparation d'une partie d'un État : sécession*

Étant donné que la règle de la continuité représente en quelque sorte un changement, il serait utile de déterminer la règle qui s'appliquait auparavant aux cas de sécession. Il se pourrait notamment que l'on ne considère pas la règle contenue dans la Convention comme étant devenue, par la pratique des États depuis 1978, un élément du droit coutumier, de sorte que l'ancienne règle serait encore applicable.

La règle traditionnelle applicable en droit international coutumier à un État créé par voie de sécession a été examinée par lord McNair dans l'ouvrage qu'il a publié en 1961 et qui fait maintenant autorité, *The Law of Treaties*. Lord McNair résume son opinion dans le paragraphe suivant :

[TRADUCTION] En dépit de certaines preuves à l'effet contraire émanant principalement de sources diplomatiques plutôt que juridiques, *le principe général est que les États nouvellement créés, dont la création ne résulte pas d'un démembrement politique et qui ne peuvent en toute équité être considérés comme participant à une continuité politique avec leur prédécesseur, commencent avec une table rase en ce qui concerne les obligations issues de traités*, sauf dans la mesure où ils ont accepté des obligations en échange de la reconnaissance ou pour d'autres raisons et sauf en ce qui a trait aux obligations purement locales ou foncières de l'État qui exerçait officiellement la souveraineté sur le territoire concerné<sup>150</sup>.

En plus d'examiner le cas des anciennes colonies d'Amérique du Nord qui sont devenues les États-Unis et un certain nombre d'autres cas, lord McNair cite une autre autorité bien connue, D.P. O'Connell, qui « a examiné la succession de manière très détaillée et conclu que la balance penche, à cet égard, en faveur de l'opinion selon laquelle le nouvel État

commence avec une table rase, pour ce qui est des traités personnels<sup>161</sup>».

De la même manière, le rapporteur spécial, sir Humphrey Waldock, concluait en 1972 que la pratique antérieure à l'ère des Nations Unies apporte, en dépit peut-être d'une ou deux incohérences, un appui considérable à la règle de la table rase dans les cas de sécession. Sir Humphrey précise plus tard dans son rapport :

[TRADUCTION] Les preuves disponibles dans la pratique n'appuient donc pas la thèse voulant qu'*en cas de démembrement d'un État*, situation distincte de la dissolution d'une union d'États, les traités restent en vigueur de plein droit en ce qui a trait au territoire séparé. En revanche, *les documents consultés indiquent nettement que tout territoire qui devient un État souverain doit être considéré comme un État nouvellement indépendant*<sup>162</sup> [...]

L'opinion de la Commission du droit international a été confirmée par les commentaires reçus des gouvernements sur le projet de statuts. En 1974, le rapporteur spécial, sir Francis Vallat, résumait comme suit les commentaires des gouvernements :

[TRADUCTION] Un certain nombre de commentaires laissent entendre en effet qu'*un nouvel État issu d'une séparation devrait être traité comme un «État nouvellement indépendant»*. Les commentaires des délégations française et belge et des gouvernements du Royaume-Uni et des États-Unis vont dans ce sens<sup>163</sup>.

En dépit de tous les documents invoquant une règle du droit international coutumier qui assimilerait les États issus d'une sécession à des États nouvellement indépendants et les habiliterait à faire table rase, la Conférence des États a décidé de remplacer l'article recommandé par la Commission de droit international par un autre, fondé sur la règle de la continuité. La règle applicable à la Convention est la suivante :

Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un État s'en séparent pour former un ou plusieurs États, que l'État prédécesseur continue ou non d'exister :

- (a) tout traité en vigueur à la date de la succession d'États à l'égard de l'ensemble du territoire de l'État prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque État successeur ainsi formé;
- (b) tout traité en vigueur à la date de la succession d'États à l'égard uniquement de la partie du territoire de l'État prédécesseur qui est devenue un État successeur reste en vigueur à l'égard de cet État successeur seul<sup>164</sup>.

Selon cette nouvelle disposition, tout traité applicable à l'ensemble du territoire de l'État prédécesseur reste en vigueur pour tout État successeur après la sécession. Cette disposition envisage deux situations : premièrement, lorsque l'intégralité du territoire de l'État prédécesseur est séparée et attribuée à plusieurs États successeurs, comme dans le cas de la Yougoslavie; deuxièmement, lorsqu'une partie seulement du territoire de l'État prédécesseur se sépare pour devenir le territoire d'un seul État successeur, ce qui serait le cas si le Québec optait pour la sécession.

La Convention établit seulement deux exceptions à cette règle : premièrement, si les États concernés conviennent d'une autre règle; deuxièmement, si l'application d'un traité est incompatible avec l'objet et le but de ce traité ou en modifie radicalement les conditions d'exécution<sup>165</sup>.

La question qui vient tout de suite à l'esprit est celle de savoir pourquoi la Conférence a décidé de rejeter la nouvelle règle de la table rase pour les États en sécession et l'a acceptée pour les États nouvellement indépendants, pris dans le sens d'anciennes colonies ou d'anciens États protégés. À cet égard, Maurice Arbour, l'auteur d'une étude sur les débats de la Conférence, écrit ceci :

Il apparaît nettement que celle-ci préféra un raisonnement politique à la logique juridique, craignant que l'affirmation du principe de rupture ne favorise les mouvements sécessionnistes ne porte atteinte indirectement au principe de l'intégrité territoriale<sup>166</sup>.

Que l'on accepte ou non cette explication, une question encore plus importante subsiste : quelle est la position actuelle du droit international coutumier sur la question?

### **Succession du Québec selon le droit international coutumier**

*La règle de la continuité lierait-elle le Québec en vertu du droit coutumier?*

La question juridique spécifique qui se pose est celle de savoir s'il existe depuis 1978 une «coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit<sup>167</sup>» et qui justifierait l'application de la règle de la continuité aux cas de sécession. Pour répondre à cette question par l'affirmative, il faudrait que les actes des États qui appliquent la règle de la continuité représentent une pratique suffisamment établie pour constituer une obligation légale d'appliquer cette règle. Pour reprendre les mots de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (1969) :

non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est *rendue obligatoire* par l'existence d'une règle de droit<sup>168</sup>.

Autrement dit, un principe du droit international coutumier exige la présence de deux éléments importants : premièrement, une pratique générale et établie, et deuxièmement, la conviction, de la part des États, que la pratique en question en est venue à constituer une obligation juridique aux yeux des États. Le deuxième élément est celui que l'on désigne habituellement par l'expression *opinio juris*. À notre avis, aucun des deux éléments n'existe dans le cas présent. De fait, la pratique des États dans les cas de sécession survenus depuis 1978 appuierait généralement la règle traditionnelle de la table rase plutôt que la nouvelle règle de la continuité. Par conséquent, le nouvel État du

Québec commencerait en principe par faire table rase des anciens traités. Mais ce principe s'appliquerait-il aux traités relatifs aux droits fondamentaux de la personne en général et aux pactes internationaux en particulier?

*Le Québec pourrait-il faire table rase des traités relatifs aux droits de la personne?*

Même s'il commence avec une table rase, il se pourrait que le Québec soit lié par les traités relatifs aux droits fondamentaux de la personne s'il a déjà accepté officiellement certains de ces traités ou si certaines de leurs dispositions peuvent être considérées maintenant comme des éléments du droit international coutumier. À cet égard, les traités qui nous intéressent le plus sont les pactes internationaux de 1966 sur les droits de la personne.

Au sujet de l'acceptation officielle des traités relatifs aux droits de la personne, il y a lieu de mentionner que le Québec a souscrit aux deux pactes et au Protocole facultatif, et ce, par un décret spécial pris en 1976<sup>169</sup>. En réalité, un tel décret n'est pas nécessaire pour que le territoire du Québec soit lié par ces pactes. De fait, il y a dans ces instruments ce qu'on pourrait appeler l'inverse d'une clause fédérale, qui rend les dispositions en question obligatoires pour toutes les composantes des États fédéraux. Cependant, le Québec, ayant adopté selon ses propres termes un instrument de «ratification», aurait une très forte obligation morale, pour ne pas dire juridique, de se considérer comme lié par les pactes, notamment l'article premier sur le droit des peuples à l'autodétermination, qu'on retrouve dans tous ces documents.

En plus d'avoir officiellement adhéré en 1976 aux pactes sur les droits de la personne, le gouvernement du Québec s'est expressément engagé, dans l'avant-projet de loi sur la souveraineté déposé le 7 décembre 1994, à assumer les droits et obligations issus des traités

conclus par le Canada. Ce document stipule que «[l]e Québec assume des obligations et jouit des droits contenus dans les traités auxquels le Canada est partie et dans les conventions internationales auxquelles le Canada a adhéré conformément aux règles du droit international» (article 7). La distinction qu'on a voulu faire entre un «traité» et une «convention internationale», s'il y en a une, n'est pas claire, car il s'agit dans les deux cas d'un accord international régi par le droit international. On ne voit pas clairement non plus si l'on fait ici une distinction entre un simple «signataire» et une «partie» à une convention ou un traité officiel. Il y a lieu de souligner également que la liberté de jouir des droits que les traités actuels reconnaissent au Canada, ainsi que celle d'assumer les obligations qui en découlent, est limitée aux traités «ouverts». Cette liberté n'existe pas lorsqu'il s'agit de traités bilatéraux ou de traités entre un petit nombre de parties, ni de traités multilatéraux qui exigent le consentement de toutes les parties pour admettre un nouveau membre, comme le Traité de l'Atlantique-Nord.

Bien que ces trois points soient loin d'être clairs, un Québec souverain assumerait les obligations que les traités relatifs aux droits de la personne imposeraient au Canada au moment de la sécession. Il va de soi que cette remarque s'appliquerait également à la Convention relative aux peuples autochtones et tribaux (n° 169) si le Canada la ratifiait avant la sécession<sup>170</sup>.

En ce qui concerne les obligations imposées par le droit international coutumier au chapitre des droits de la personne, le mouvement des droits de la personne a été si général et si intense que nous pouvons parler maintenant de certaines normes impératives du droit international en cette matière. Par exemple, la Commission d'arbitrage sur la Yougoslavie a été en mesure de déclarer qu'il existait, au sujet des droits individuels et collectifs des minorités nationales, des normes liant toutes les parties à la succession<sup>171</sup>.

On peut dire que, dans un certain sens, les traités relatifs aux droits de la personne constituent des droits acquis, car ils sont en général plus importants que les droits privés ordinaires<sup>172</sup>. Mais, même en ce qui concerne ces droits, la Cour permanente de justice internationale avait jugé en 1923 que les droits privés acquis en vertu d'une loi en vigueur ne s'éteignaient pas du fait d'un changement de souveraineté<sup>173</sup>. Il est vrai que la Cour se préoccupait exclusivement des droits de propriété, mais le droit de propriété est un droit de la personne, et certains autres droits, notamment ceux qui concernent les groupes raciaux et minoritaires, sont encore plus importants et devraient être, eux aussi, considérés comme des droits acquis.

Sur la question spécifique des droits de la personne visés par les pactes internationaux de 1966, il est important de noter l'opinion d'un influent juriste américain dans ce domaine, Louis Henkin, de l'Université Columbia. Dans le cours général qu'il a dispensé à l'Académie de droit international de La Haye en 1989, Henkin a déclaré, au sujet du Pacte sur le droit civil et politique, [TRADUCTION] qu'«il est maintenant admis que le respect de certains droits protégés par le Pacte est devenu, par le biais du droit coutumier, une obligation internationale pour tous les États et une obligation contractée envers tous les États (*erga omnes*)». Puis le professeur Henkin a dressé une liste minimum des droits dont, à son avis, aucun gouvernement n'a contesté l'existence dans le droit coutumier, notamment la discrimination raciale systématique et un régime de violations flagrantes d'autres droits de la personne<sup>174</sup>. De nombreux chercheurs et analystes estiment aussi que l'article premier des pactes implique des obligations à l'endroit des peuples autochtones<sup>175</sup>.

Au sujet du Pacte sur les droits sociaux et économiques, Henkin fait remarquer que les États ont adhéré en plus grand nombre à ce pacte qu'au Pacte sur les droits civils et politiques. Il reconnaît que les droits

économiques et sociaux sont beaucoup plus difficiles à faire respecter et que c'est la raison pour laquelle le Pacte qui les régit prévoit une application progressive, qui dépendra dans une certaine mesure des ressources disponibles. C'est peut-être pour cette raison que les États ont généralement accordé la priorité aux droits civils et politiques. Toutefois, comme le fait remarquer le professeur Henkin, il n'y a aucune raison de sacrifier une catégorie de droits à une autre.

On peut dire qu'en plus des normes du droit coutumier relatives aux droits de la personne en général, des normes similaires ont été élaborées ces derniers temps dans le domaine des droits des peuples autochtones en particulier, mais leur contenu spécifique n'a pas encore été établi de manière définitive<sup>176</sup>.

### **Conclusion**

Nous tenterons de résumer ici les principales conclusions relatives à la succession d'États en général, particulièrement en ce qui a trait à une éventuelle sécession du Québec.

1. Il existe une convention sur la succession d'États en matière de droits et d'obligations issus de traités, mais elle n'est pas encore en vigueur, et le droit coutumier demeure incertain sur cette question. Il existe deux opinions contradictoires sur la succession : la table rase, qui laisse à l'État successeur la liberté de déterminer les traités qu'il désire adopter; et la doctrine de la continuité, en vertu de laquelle le nouvel État hérite des traités de son prédécesseur.

La Commission du droit international, qui a préparé la Convention, a intégré la règle de la table rase (sous réserve de certaines exceptions traditionnelles) dans son projet de statuts, car cette règle représentait le point de vue dominant dans la

doctrine, la pratique des États et les observations des gouvernements sur le projet de statuts.

3. En 1978, les gouvernements ont adopté la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, y incorporant la règle de la table rase pour les États nouvellement indépendants (le plus souvent d'anciennes colonies) et la règle de la continuité pour les États qui font sécession.
4. Depuis 1978, la pratique des États n'a pas été assez générale et uniforme pour donner naissance à un principe de droit coutumier, qui, en cas de sécession, pourrait constituer une obligation d'appliquer aux traités la doctrine de la continuité.
5. En raison de l'appui massif dont bénéficie la règle de la table rase, cette dernière peut être considérée comme représentant le droit coutumier sur la question, et le Québec pourrait bénéficier de cette règle.
6. Le Québec n'assumerait pas automatiquement les traités relatifs aux droits de la personne conclus par le Canada, mais le mouvement des droits de la personne a été si général et si intense que les dispositions fondamentales de ces traités font maintenant partie du droit coutumier. De fait, la Commission d'arbitrage sur la Yougoslavie a été en mesure de déclarer que les parties à la succession étaient liées par les normes impératives concernant les droits individuels des minorités nationales.
7. Dans l'ensemble, on peut dire que les droits contenus dans les pactes de 1966, en particulier le pacte sur les droits civils et politiques, font maintenant partie du droit international coutumier; cette remarque s'applique en particulier au droit des peuples à l'autodétermination.

8. En outre, on assiste maintenant à l'émergence des normes de droit international coutumier dans le domaine des droits des peuples autochtones.
9. Le Québec ayant adopté en 1976 un décret spécial de «ratification», par lequel il adhère officiellement aux pactes touchant les droits de la personne et au Protocole facultatif (bien qu'une telle ratification ne fût pas nécessaire), il existerait, pour ce nouvel État, une forte obligation morale (pour ne pas dire juridique) de se considérer comme lié par de tels instruments.
10. Dans l'avant-projet de loi sur la souveraineté qu'il a déposé le 7 décembre 1994, le gouvernement du Québec s'engage expressément à assumer les obligations canadiennes contractées par traité, ce qui, naturellement, comprend toutes les obligations découlant des traités relatifs aux droits de la personne.

ANNEXE II  
**L'obligation de fiduciaire imposée au Canada  
par les principes juridiques généraux  
reconnus dans les systèmes de droit nationaux**

par Donat Pharand

Il existe, en plus des traités et du droit coutumier, un certain nombre de principes de droit généralement reconnus dans les systèmes juridiques nationaux et qui peuvent servir de base à l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones.

**Signification et applicabilité des principes généraux de droit**

*Signification des principes généraux de droit*

La Cour internationale de Justice est expressément tenue par son Statut d'appliquer «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées<sup>177</sup>». Les juristes spécialisés en droit international reconnaissent généralement que l'expression «nations civilisées» désigne simplement les pays dont les relations internes, sociales et politiques sont régies par la règle de droit et certains idéaux de justice. Ces principes généraux ne sont pas des principes de droit international en tant que tels, mais des principes généralement appliqués par les États dans leurs systèmes de droit internes. Comme l'a expliqué lord Phillimore au comité de juristes qui rédigeait le Statut original de la Cour en 1920, les principes généraux considérés ici sont ceux que les États ont acceptés *in foro domestico*. Toutefois, le problème que pose cette source du droit est que son contenu de fond n'a jamais été déterminé. Pour y parvenir, il faudrait procéder à une étude complète des grands systèmes juridiques du monde dans le but d'en extraire les grands principes communs.

### *Applicabilité des principes généraux de droit*

La Cour internationale de Justice n'a jamais fondé exclusivement un arrêt ou un avis consultatif sur cette troisième source comme telle. Cependant, afin de donner plus de poids aux fondements juridiques de ses arrêts, elle a souvent fait référence aux règles en utilisant des expressions comme «conception générale du droit», «principe ordinairement accepté», «principe courant en droit», «principe juridique bien établi et généralement reconnu», etc. À quelques reprises, elle a en fait appliqué certains principes de droit interne généralement reconnus pour réfuter des arguments invoqués par les parties en litige<sup>178</sup>. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région du golfe du Maine*, la Cour internationale a réfuté l'argument du Canada selon lequel les États-Unis auraient été empêchés par *estoppel* pour n'avoir pas contesté pendant longtemps la ligne de délimitation frontalière établie par le Canada. La Cour a alors examiné en profondeur la doctrine de l'*estoppel* en common law et le concept connexe d'acquiescement. La Cour a même précisé que ces concepts «procèdent [...] de raisonnements juridiques différents, l'acquiescement équivalant à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement, l'*estoppel* étant par contre lié à l'idée de forclusion<sup>179</sup>».

Une affaire d'une grande pertinence quant à l'obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones est celle du *Statut international de l'Afrique du Sud-Ouest africain*, dans laquelle sir Arnold McNair s'est appuyé sur le concept de *trust* [fidéicommiss] en common law britannique pour déterminer la signification de la «mission sacrée de la civilisation» acceptée par l'Afrique du Sud en vertu de son mandat. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'avis, sir Arnold explique, pour commencer, que le droit international s'est inspiré et continue de s'inspirer des règles

### *La Nouvelle-Zélande*

Le document de base qui régit la relation avec les autochtones est le Traité de Waitangi, conclu en 1840. Par ce traité, les chefs autochtones ont cédé à la reine Victoria tous les droits et pouvoirs rattachés à la souveraineté<sup>184</sup>. En contrepartie, la Reine garantissait la possession complète, exclusive et non contestée des terres appartenant aux peuples autochtones. Cependant, Sa Majesté a reçu un droit exclusif de préemption (article 2). Par ce même traité, Sa Majesté étendait, à titre également de considération, sa protection royale aux autochtones de la Nouvelle-Zélande et leur accordait tous les droits et privilèges des sujets britanniques (article 3).

Une importante étape a été franchie en 1975 avec l'adoption de la loi relative au Traité de Waitangi, qui a créé un tribunal chargé de rendre compte des revendications territoriales et des questions connexes et de faire des recommandations sur ces questions. Le tribunal a été immédiatement submergé par les quelque 150 revendications des Maoris. En novembre 1993, le tribunal déclarait avoir reçu 46 revendications en vertu des traités, lesquelles portaient notamment sur les ventes de terres, l'élimination des eaux usées, l'énergie thermique, la pêche, les ressources géothermiques et la langue maorie. Bien que les recommandations du tribunal ne lient pas la Couronne, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a rendu en 1987 un arrêt unanime dans lequel elle stipule que, [TRADUCTION] «lorsque le tribunal institué en vertu du Traité de Waitangi estime qu'une revendication a certains fondements et recommande des mesures de réparation, la Cour est tenue d'y donner suite, sauf si elle invoque des motifs qui permettraient à tout gouvernement raisonnable de refuser de s'y soumettre<sup>185</sup>».

Au sujet de la portée de l'obligation de fiduciaire qui incombe à la Couronne en vertu du traité, le Tribunal de Waitangi a interprété cette obligation de manière très généreuse en faveur des peuples autochtones.

En reconnaissant l'obligation qu'a la Couronne de protéger activement les droits acquis par les Maoris en vertu des traités, le tribunal déclare ceci dans son jugement :

[TRADUCTION] l'obligation de fiduciaire comprend la nécessité de faire en sorte que les Maoris ne soient pas inutilement empêchés par des contraintes législatives ou administratives d'*utiliser leurs ressources conformément à leurs préférences culturelles* et que la Couronne ne puisse se soustraire à l'obligation de protection active que lui impose le traité, en déléguant la responsabilité du contrôle des ressources naturelles au gouvernement local, ce qui diminuerait l'obligation d'une protection active<sup>186</sup>.

En plus de ce qui précède, le tribunal a interprété le Traité de Waitangi comme protégeant trois autres droits : le droit de la tribu d'adopter sa propre réglementation; le droit à réparation pour des violations passées; et l'obligation pour la Couronne de procéder à une véritable consultation des Maoris avant de prendre toute décision de nature à empiéter sur l'autorité des chefs de la tribu.

La décision de la Cour d'appel (1987) a également établi le partenariat comme principe de base du traité,

[TRADUCTION] ce qui oblige les Maoris et les Pakehas [les autres Néo-Zélandais] à agir les uns envers les autres de manière raisonnable et de bonne foi. Cet arrêt a fait de la relation entre les Maoris et la Couronne une relation comparable à celle qui existe entre les associés d'un même cabinet d'avocats, et a établi quelques principes clés tels que *les dédommagements en cas d'abus de confiance et la notion d'obligation de fiduciaire*<sup>187</sup>.

Il existe, en plus du Tribunal de Waitangi, une cour maorie spécialisée dans les questions foncières, la Maori Land Court, qui a pour but de faciliter le fermage ou la vente à des non-Maoris de terres appartenant à des Maoris; plusieurs membres de cette cour siègent également au Tribunal de Waitangi<sup>188</sup>.

En ce qui a trait aux ressources naturelles, il semble que la portée des droits des Maoris soit incertaine, et diverses plaintes ont été déposées à cet égard devant le Tribunal de Waitangi. Dans un de ses

jugements, celui-ci a réservé 10 % de la pêche maritime et de la pêche côtière aux exploitants maoris.

Un élément important à retenir au chapitre de l'autonomie gouvernementale est le fait qu'un minimum de quatre sièges ont été réservés au Parlement de la Nouvelle-Zélande pour les Maoris.

#### *La Norvège, la Suède et la Finlande*

Les autochtones de ces pays, qu'on retrouve un peu aussi en Russie, sont les Samis; leur nombre est de 30 000 environ. Il existe deux parlements samis : l'un en Norvège et l'autre en Finlande. Selon Bradford Morse, [TRADUCTION] «ces deux pays ont admis l'importance de confier à des entités juridiques distinctes la mission de représenter les intérêts du peuple sami dans ses rapports avec les gouvernements nationaux<sup>189</sup>». Les Samis ont atteint un degré appréciable d'autonomie gouvernementale et sont parvenus à obtenir la protection de leur langue, de leur culture et de leur mode de vie traditionnel. Il reste que les démarches judiciaires entreprises pour obtenir la reconnaissance de leurs droits ancestraux ont généralement été vaines. Une exception importante à cet égard a été l'arrêt rendu en 1981 par la Cour suprême de Suède, qui venait valider le principe selon lequel la propriété des terres et de l'eau pourrait découler de l'utilisation coutumière<sup>190</sup>. Les tribunaux norvégiens n'ont pas accordé une reconnaissance similaire aux Samis et, en 1982, ces derniers n'ont pu faire arrêter la construction d'un grand barrage hydro-électrique, qui, selon eux, portait atteinte à leurs droits ancestraux.

#### *Les États-Unis<sup>191</sup>*

Comme les formes qu'il a prises dans le passé, l'exercice contemporain des pouvoirs fiduciaires par les États-Unis consiste à respecter les tendances internationales. La politique appliquée par l'exécutif et les lois

adoptées par le pouvoir législatif à partir des années 60 montrent que les États-Unis ne considèrent plus leur rôle de fiduciaire de la même manière. Cette transformation graduelle de l'exercice de la fonction de fiduciaire reflète l'émergence parallèle de nouvelles normes relatives aux peuples autochtones dans le monde.

Le gouvernement américain continue de se décrire comme le fiduciaire de ses peuples autochtones et d'avoir des pouvoirs considérables dans le domaine des affaires indiennes. Un énorme appareil administratif, le Bureau of Indian Affairs (BIA), continue d'exercer une influence considérable sur les affaires des tribus. En plus de gérer les ressources de ces dernières, le Bureau met en œuvre des programmes d'éducation, de logement, de construction et de voirie, fournit des secours d'urgence et administre des programmes de subventions. En outre, les États-Unis détiennent un titre légal sur les terres des tribus et les autres actifs importants de ces dernières.

Tandis que les tribunaux invoquent la doctrine de la fiducie pour faire droit à la discrétion du gouvernement fédéral dans la réglementation des affaires indiennes, et ce, dans la mesure où il assume son obligation de diligence<sup>192</sup>, la relation fiduciaire impose également certaines limites à la compétence du pouvoir exécutif. Les tribunaux ont tenu le gouvernement fédéral responsable de violations de l'obligation de fiduciaire envers les Indiens, en particulier dans des affaires relatives à la mauvaise gestion des ressources naturelles indiennes<sup>193</sup>. La responsabilité fiduciaire impose donc au gouvernement fédéral, dans le rôle spécifique qui lui est assigné par la loi au regard des avoirs détenus au profit des Indiens, une obligation limitée et exécutoire.

La doctrine de la fiducie entraîne également une obligation plus large, non exécutoire, qui est reconnue par le législateur et l'exécutif dans le traitement des peuples autochtones. Bien que les tribunaux n'aient pas assigné directement une large responsabilité fiduciaire au

gouvernement fédéral, ils se sont fondés sur la théorie de la fiducie pour régler des problèmes qui leur étaient soumis pour d'autres motifs, en particulier dans l'interprétation de lois conférant des avantages aux Indiens<sup>194</sup>. Tandis que les tribunaux ont, dans une large mesure, considéré les obligations de fiduciaire du Congrès en fonction de la justification des pleins pouvoirs de ce dernier sur les Indiens, le Congrès lui-même en est venu à considérer ses obligations comme liées à la politique fédérale de promotion de l'autodétermination des Indiens. En outre, le BIA considère de plus en plus sa responsabilité fiduciaire dans la perspective d'une politique fédérale d'autodétermination des Indiens, s'écartant ainsi de sa tradition de paternalisme envers les peuples autochtones.

Parallèlement à l'évolution contemporaine qui conduit à la reformulation des normes internationales relatives aux peuples autochtones, une nouvelle politique américaine de promotion de l'autodétermination des Indiens a vu le jour en 1970. Le président Nixon a déclaré que la politique d'assimilation était un échec et a demandé au Congrès de [TRADUCTION] «commencer à adopter des mesures en fonction de ce que les Indiens eux-mêmes nous disent depuis longtemps [...] pour créer les conditions d'une nouvelle ère où l'avenir des Indiens sera déterminé par les actes et les décisions des Indiens<sup>195</sup>». Nixon a alors réclamé des mesures législatives qui garantiraient l'autodétermination des Indiens en préservant l'intégrité des tribus autochtones et en leur permettant de gérer leurs propres affaires.

La réforme de la politique américaine relative aux Indiens réclamée par le président Nixon a commencé en 1975 avec l'adoption de l'*Indian Self-Determination and Education Assistance Act*<sup>196</sup>. Cette loi vise à placer principalement entre les mains des tribus elles-mêmes le contrôle de la planification et de l'administration des programmes fédéraux destinés aux autochtones américains. Cette loi autorise le

secrétaire de l'Intérieur et celui de la Santé et des Services sociaux à conclure des «contrats d'autodétermination» avec les tribus pour négocier des mécanismes qui leur permettront de planifier, de mettre en œuvre et d'administrer des programmes fédéraux à leur avantage<sup>197</sup>.

L'*Indian Financing Act* de 1974 a créé un fonds renouvelable de 50 millions de dollars dans le but d'établir des programmes de prêts et de subventions pour l'exploitation des ressources indiennes<sup>198</sup>. L'*Indian Tribal Government Tax Status Act*, qui confère aux tribus un grand nombre des avantages du statut fiscal dont jouissent les États, constitue une autre initiative visant à accroître l'autodétermination économique des tribus<sup>199</sup>.

Les modifications apportées en 1988 à l'*Indian Self-Determination Act* ont institué un projet de démonstration de la fonction gouvernementale qui vise à permettre à un nombre limité de tribus de constituer avec le gouvernement fédéral des «pactes» d'autonomie gouvernementale. En vertu de ces pactes qui prennent aux États-Unis le nom de «compacts», les tribus qui ont bien géré d'autres contrats prévus par l'*Indian Self-Determination Act* sont habilitées à étendre leur autonomie gouvernementale à toutes les autres fonctions et activités assumées par le Bureau of Indian Affairs ou l'Indian Health Service<sup>200</sup>. L'aide fédérale accordée en vertu de la nouvelle loi est versée aux tribus admissibles sous la forme d'une subvention globale qui leur permet de déterminer leurs besoins et la manière d'y répondre. Conformément aux modifications de 1991, la durée du projet de démonstration a été portée de cinq à huit ans, le nombre de tribus admissibles a été augmenté ainsi que le montant du financement.

L'élaboration de programmes tenant compte de la réalité culturelle des autochtones américains a donné lieu à l'adoption de lois telles que l'*Indian Child Welfare Act* de 1978<sup>201</sup>. Cette loi cherche à

remédier à la pratique généralisée consistant à placer des enfants indiens dans des foyers d'adoption ou des familles d'accueil ainsi que dans des pensionnats, par suite de conceptions erronées des travailleurs sociaux au sujet des structures familiales indiennes. Cette loi, qui vise à accorder la plus grande compétence possible aux tribus sur les décisions relatives au placement des enfants et à limiter l'intervention de l'État dans de telles décisions, reconnaît que la décision de séparer ou non des enfants indiens de leurs familles revêt une importance capitale pour les tribus<sup>202</sup>. Le Congrès a déclaré que cette loi avait pour but

[TRADUCTION] de protéger les intérêts des enfants indiens et de promouvoir la stabilité et la sécurité des tribus et des familles indiennes par l'adoption de normes fédérales minimales applicables au retrait d'enfants indiens de leurs familles et par le placement de ces enfants dans des maisons d'accueil ou des foyers d'adoption qui refléteront les valeurs particulières de la culture indienne, et par l'octroi d'une aide aux tribus indiennes qui mettent en œuvre des programmes de services aux enfants ou à la famille<sup>203</sup>.

Faisant expressément référence aux obligations de fiduciaire des États-Unis envers les tribus indiennes, cette loi reconnaît en outre

qu'il n'existe pas de ressources qui soient plus essentielles à l'existence et à l'intégrité des tribus indiennes que leurs enfants et qu'en leur qualité de fiduciaires, les États-Unis ont un intérêt direct dans la protection des enfants indiens qui sont membres d'une tribu indienne ou admissibles au statut de membres<sup>204</sup>.

En rattachant directement la responsabilité fiduciaire à l'intégrité des tribus indiennes, le Congrès envisage de nouveau le rôle de fiduciaire conformément aux attentes modernes des divers pays du monde dans le traitement des populations autochtones par les États.

De même, le Congrès a fait état de la relation juridique historique et toute particulière du gouvernement fédéral avec la population indienne américaine et de la responsabilité qui en découle, et il a présenté cette considération comme un élément de sa décision d'adopter l'*Indian Health Care Improvement Act*<sup>205</sup>. Cette loi, qui

visait à améliorer les soins de santé dispensés par le gouvernement fédéral aux autochtones américains à la lumière d'observations prouvant que les soins de santé aux Indiens étaient d'une qualité inférieure à ceux dont jouissait l'ensemble de la population, promettait [TRADUCTION] «d'encourager la plus grande participation possible des Indiens à la planification et à la gestion de ces services». Le Congrès y souligne de nouveau les obligations de fiduciaire historiques des États-Unis et l'importance de la participation des Indiens aux services qui leur sont prodigués.

L'*Indian Religious Freedom Act* de 1978 sur la liberté de religion des Indiens a souligné la politique fédérale visant à [TRADUCTION] «protéger et à préserver le droit inhérent des Indiens américains à la liberté de croyance, d'expression et de pratique de leurs religions traditionnelles<sup>206</sup>». La loi oblige le Président à demander aux agences fédérales de consulter les chefs religieux indiens lorsqu'on détermine les changements à apporter à la politique et aux procédures pour protéger et préserver les pratiques et droits culturels (article 2). Bien qu'on ait déclaré que cette loi ne pouvait être appliquée par les tribunaux<sup>207</sup>, elle constitue une importante déclaration politique qui sert à orienter les décisions administratives prises au sein de la démocratie fédérale.

En 1983, le président Reagan a réaffirmé le double objectif de réduction de la dépendance des tribus envers le gouvernement fédéral et d'accroître l'autonomie gouvernementale des tribus, conformément à la politique d'autodétermination du président Nixon. Reagan a alors critiqué la réglementation excessive et la bureaucratie autoperpétuée qui étouffé le processus décisionnel local, contrecarré le contrôle des ressources indiennes par les Indiens et stimulé la dépendance au lieu de l'autosuffisance<sup>208</sup>. Il a alors préconisé un renversement de cette dépendance, annoncé une politique qui réaffirmerait l'établissement de

rapports avec les tribus indiennes sur une base de gouvernement à gouvernement et déclaré que le gouvernement américain continuerait à assumer la responsabilité fiduciaire envers les ressources matérielles et financières du pays. Cette responsabilité toute particulière, précisait-il, serait assumée conformément aux normes les plus élevées.

Dans la *Native American Graves Protection and Repatriation Act*, le législateur a de nouveau invoqué la «relation particulière» entre le gouvernement fédéral et les tribus indiennes dans le contexte d'un cadre devant servir au rapatriement des sépultures d'Indiens et des objets funéraires détenus par les musées ou les agences fédérales<sup>209</sup>.

Plus récemment, soit le 29 avril 1994, le président Clinton recevait à la Maison Blanche les représentants de plusieurs centaines de tribus indiennes des États-Unis, devenant le premier président à avoir convoqué à une réunion avec l'exécutif les chefs des 547 tribus reconnues par le gouvernement fédéral. Il a émis deux ordonnances, dont la première demande à son administration de traiter les tribus avec la même déférence accordée aux gouvernements des États et oblige les agences fédérales à traiter directement avec les nations indiennes au lieu de soumettre leurs préoccupations au département de l'Intérieur<sup>210</sup>. Quant au second décret, il a modifié la loi sur les espèces menacées d'extinction afin que les plumes d'aigles puissent être utilisées plus facilement dans les cérémonies religieuses indiennes.

Après la rencontre avec le président Clinton, plus de 200 chefs autochtones américains ont eu une réunion à Albuquerque avec le procureur général Janet Reno et le secrétaire de l'Intérieur Bruce Babbitt; ils ont alors obtenu une conférence nationale de deux jours sans précédent dans l'histoire des États-Unis : la National American Indian Listening Conference. Celle-ci avait été conçue comme une tribune pour la négociation des moyens de renforcer la souveraineté des tribus et de régler les conflits avec le gouvernement fédéral sur la gestion des

ressources naturelles des tribus et les pouvoirs des tribunaux tribaux<sup>211</sup>.

Dans une résolution concomitante de 1993, le Sénat américain a semblé reconnaître le caractère international des obligations des États-Unis envers leurs populations autochtones en examinant ces obligations dans le contexte des droits des peuples autochtones. En réponse à la résolution de l'ONU faisant de 1993 l'Année internationale des populations autochtones, le Sénat a demandé à l'ONU de proclamer une décennie internationale sur le même thème. La résolution du Sénat exprimait le sentiment du Congrès selon lequel les États-Unis appuieraient les efforts de l'ONU pour sensibiliser davantage le public et établir des normes internationales relatives aux droits des peuples autochtones. Il est également mentionné dans cette résolution que les États-Unis devraient tenir compte davantage des droits de leurs propres populations autochtones et améliorer les conditions sociales et économiques dans lesquelles elles vivent<sup>212</sup>.

Le fait que le gouvernement fédéral considère les droits des peuples autochtones comme un élément des droits internationaux de la personne explique que le département d'État ait ajouté à son rapport de 1993 sur l'état des droits de la personne une section distincte consacrée au traitement des peuples autochtones. Le rapport annuel de 1993 examine méthodiquement le degré de participation des autochtones du pays aux décisions touchant leurs terres, leur culture, leurs ressources naturelles, et il contient une évaluation de la protection des droits civils et politiques des populations autochtones<sup>213</sup>.

#### *Le Danemark (Groenland)*

Depuis 1978, le Groenland constitue une «communauté distincte» au sein du royaume du Danemark<sup>214</sup>. L'autonomie gouvernementale dont jouissent les Groenlandais signifie qu'ils ont le contrôle complet de leurs

affaires internes. Le Groenland a son propre parlement, où se trouve représentée sa population de plus de 50 000 habitants — dont plus de 40 000 Inuit. Son économie repose principalement sur les ressources renouvelables. Les relations étrangères et les questions de défense sont du ressort du Danemark. Cependant, lorsque les traités présentent un intérêt particulier pour le Groenland, la loi établissant l'autonomie exige qu'ils soient soumis à l'administration autonome et celle-ci peut même être autorisée à participer à la négociation de ces traités (articles 13-16).

Toutes les terres du Groenland font partie du domaine public : la propriété privée n'existe pas. Cependant, la population résidente du Groenland a des droits fondamentaux sur les ressources naturelles du territoire (article 8) et le gouvernement autonome exerce une autorité absolue sur l'exploitation et l'aménagement des terres. En d'autres termes, bien que toutes les ressources appartiennent à la Couronne danoise, elles sont gérées par le gouvernement autonome au profit de tous les Groenlandais. Celui-ci perçoit ses propres revenus, mais l'assiette fiscale est insuffisante, et le Danemark doit encore fournir la plus grande part du budget du Groenland<sup>215</sup>.

#### *Le Canada (Québec)*

De l'avis de Bradford Morse, [TRADUCTION] «le Canada semble très éclairé et positif par rapport à la Scandinavie et à l'Australie, mais, dans bien des aspects des politiques suivies, il soutient beaucoup moins bien la comparaison avec les États-Unis et la Nouvelle-Zélande<sup>216</sup>». Dans l'évaluation qu'il a faite du Québec par rapport aux autres provinces, Morse a examiné la protection accordée aux peuples autochtones de cette province dans six domaines spécifiques : les langues autochtones, l'éducation, la santé et les services sociaux, les initiatives économiques, les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale.

Dans le domaine linguistique, il conclut que la situation est de loin meilleure au Québec que dans la plupart des régions du Canada, huit langues autochtones y sont encore parlées, dont six dans une assez large mesure<sup>217</sup>. La protection des langues autochtones est prévue dans le préambule de la *Charte de la langue française* (Loi 101), qui reconnaît expressément le droit des Indiens et des Inuit de préserver et de développer leurs propres langues et leurs propres cultures. Les réserves indiennes sont expressément exemptées d'appliquer la Charte. En outre, la Convention de la Baie James et du Nord québécois a eu pour résultat de renforcer l'enseignement dispensé en cri et en inuktitut.

Parlant de l'éducation, Morse conclut que le gouvernement du Québec a en général soutenu beaucoup plus que les autres gouvernements provinciaux du Canada les initiatives pédagogiques, en particulier chez les Cris et les Inuit.

Dans le domaine des soins de santé et des services sociaux, le Québec n'est pas considéré comme le plus empressé à faciliter le développement des organisations autochtones autonomes, bien que ses réalisations soient de loin supérieures à celles de bien d'autres provinces. Cependant, il a autorisé les Mohawks de Kanawake à construire et à administrer leur propre hôpital et il en finance le fonctionnement.

En ce qui concerne les initiatives économiques, le Québec a été un chef de file parmi les provinces dans le soutien du développement économique des communautés autochtones et des premières nations par l'octroi de subventions appropriées. Il a également établi un programme de soutien du revenu dans le cadre de la Convention de la Baie James afin d'encourager l'économie de subsistance traditionnelle.

Dans les revendications territoriales, le Québec a été la première province canadienne à accepter la pérennité des titres ancestraux et à donner suite à leur reconnaissance en cherchant à négocier le règlement

des revendications territoriales. Morse souligne cependant que cette acceptation est survenue seulement après la décision rendue par le juge Malouf en 1973 dans l'affaire *Kanatéwat*. La conclusion du professeur Morse sur cette question est que, comparativement aux autres provinces, le Québec a adopté une position globale qui peut être perçue comme beaucoup plus favorable aux peuples autochtones et à leurs droits sur leur territoire traditionnel.

Sur la question de l'autonomie gouvernementale, le gouvernement du Québec est, de tous les gouvernements provinciaux, celui qui a le plus favorisé le désir des peuples autochtones d'exercer un contrôle accru sur leur vie et sur les affaires de leur communauté.

En guise de conclusion sur l'obligation que se reconnaît le Québec envers sa population autochtone, il y a lieu de mentionner deux propositions récentes. La première, qui a été faite en décembre 1994, est une offre formulée dans le cadre de la négociation des revendications territoriales globales des nations atikamekw et montagnaise. Les parties à l'entente seraient le gouvernement du Québec, le gouvernement du Canada, la nation atikamekw et la nation montagnaise. Comme l'indique l'introduction de cette entente, l'offre contient tous les éléments nécessaires à la conclusion d'un nouveau contrat social entre ces deux nations et la société québécoise. L'accent y est mis sur le territoire, la gestion et l'exploitation des ressources, l'autonomie gouvernementale et le financement du gouvernement, le développement économique et le paiement d'indemnités. En particulier, la proposition prévoit le transfert des titres de quelque 4 000 km<sup>2</sup> de territoire à 12 communautés des deux nations et l'utilisation de 40 000 km<sup>2</sup> pour des activités traditionnelles telles que la chasse et la pêche. Les gouvernements autonomes exerceraient leur compétence dans leur propre structure politique, dans la gestion de leurs terres et de leurs ressources, ainsi que dans des sphères d'activité comme l'éducation, la santé et les services

sociaux, la sécurité du revenu, l'administration de la justice et la sécurité publique.

La seconde proposition, qui a été faite à la fin de janvier 1995, s'adresse aux résidents du Nunavik, dont 90 % sont des Inuit. L'entente proposée transférerait en principe à la future assemblée législative du Nunavik la compétence dans des domaines tels que l'éducation, la santé et les services sociaux et l'administration de la justice, et comprendrait en plus une indemnisation.

### **Conclusion**

1. Il existe certains principes généraux de droit qui sont reconnus dans les systèmes juridiques nationaux au sujet de l'obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones.
2. L'obligation de fiduciaire peut être considérée comme résultant d'une mission sacrée (expression utilisée dans le régime de tutelle), qui est une obligation exécutoire, comme l'est la fiduciaire en droit anglais, car elle lie la conscience du fiduciaire, pour employer les mots du juge McNair, de la Cour internationale de Justice.
3. Il existe dans les différents systèmes juridiques nationaux examinés un ensemble de droits et de principes qui pourraient être considérés comme liant le Québec. À cet égard, on pourrait citer au moins l'autonomie gouvernementale, les titres ancestraux, l'indemnité pour abus de confiance, l'obligation de consulter et le principe du partenariat.
4. Le gouvernement du Québec poursuit actuellement des négociations avec quelques-uns des peuples autochtones en vue de conclure des accords sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale. Il semble prendre son obligation de fiduciaire très au sérieux.

ANNEXE III  
**La Convention de l'Organisation internationale du Travail  
sur les peuples indigènes et tribaux (1989) :**  
**les questions soulevées par le Canada**

par Donat Pharand

**Introduction**

Connue sous le nom de Convention n° 169 de l'OIT, cette convention est une révision de la Convention n° 107 adoptée en 1957. L'objectif était de mettre à jour les normes internationales et de prendre en compte les éléments nouveaux du droit international. Comme il est dit dans le préambule, «il y a lieu d'adopter de nouvelles normes internationales sur la question en vue de supprimer l'orientation des normes antérieures, qui visaient à l'assimilation<sup>218</sup>». La convention a été adoptée par un scrutin qui a donné 328 voix pour, une contre et 49 abstentions. Elle est entrée en vigueur le 5 septembre 1991, douze mois après sa ratification par deux États membres, à savoir le Mexique et la Norvège. Le Canada n'a pas encore ratifié la convention et l'auteur du présent document ignore à quelle étape les consultations internes en sont rendues.

La charte constitutive de l'OIT n'impose pas aux États fédéraux tels que le Canada, des obligations aussi strictes qu'aux États unitaires, et ce en raison de la répartition des pouvoirs législatifs. Lorsqu'une convention relève des compétences de deux ordres de gouvernement, un État fédéral est simplement tenu de transmettre la convention aux autorités fédérales et provinciales compétentes en vue de l'adoption de lois ou d'autres mesures pertinentes<sup>219</sup>. Dans ce cas particulier, le ministère fédéral de la Justice a avisé le ministère du Travail que les sujets couverts par la convention relèvent des compétences législatives fédérales et provinciales<sup>220</sup>. Le gouvernement fédéral doit également consulter périodiquement les provinces afin de coordonner l'adoption

des mesures d'application. Il doit ensuite aviser le directeur général de l'OIT des mesures qui ont été prises et informer périodiquement l'Organisation du degré d'application de la convention. Comme l'indique un document publié par le ministère du Travail au sujet de cette convention, «[I]a pratique, en vigueur depuis longtemps au Canada, en ce qui touche la ratification de conventions de l'OIT relevant de la compétence fédérale, provinciale et territoriale consiste à ne ratifier une convention que si les treize juridictions consentent à la ratification et si elles s'engagent à en appliquer les dispositions dans leurs champs de compétence respectifs<sup>221</sup>».

Le document en question précise qu'en raison de la complexité de la convention, de la participation des provinces et de l'ambiguïté de certaines dispositions, «tout examen visant à déterminer si le Canada est en mesure ou non de ratifier la Convention n° 169 devra être précédé par des consultations plus poussées avec les provinces, ainsi que par des consultations avec les autochtones et les autres parties intéressées». Plus précisément, Travail Canada affirme que l'on peut se poser des questions «relativement à la compatibilité entre la convention et la situation canadienne<sup>222</sup>».

### **Les questions soulevées par le Canada au sujet de la convention**

Les questions soulevées par le Canada touchent les points suivants :

(1) la propriété des terres d'occupation traditionnelle; (2) la propriété des terres de réserves indiennes; (3) les coutumes indigènes en matière de droit pénal et de détermination de la peine; (4) les établissements d'enseignement indigènes; et (5) la définition du terme «terres». Par ailleurs, il est important de mentionner une préoccupation d'ordre plus général que le Canada a soulevée au moment de l'adoption de la convention. Cette préoccupation se rapporte à la signification du terme

«peuple». Nous allons examiner chacun de ces points afin d'en évaluer la validité.

#### *La propriété des terres d'occupation traditionnelle*

Cette question est liée au paragraphe 14(1) qui stipule que «[l]es droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés».

Le Canada souligne que les droits fonciers ancestraux existants, qui sont protégés par la Constitution du Canada, «peuvent s'appliquer à de grandes étendues de terres qui sont aussi assujetties aux droits de la Couronne et de tierces parties». La politique du gouvernement fédéral sur les revendications globales permet l'échange de ces droits ancestraux contre des titres de propriété sur certaines étendues de terres plus restreintes. Cependant, cette politique n'est pas fondée sur une reconnaissance antérieure du droit de propriété autochtone. «Il semblerait, par conséquent, qu'une disposition prévoyant que les droits autochtones de propriété sur toutes les terres assujetties aux droits autochtones soient reconnus ne corresponde pas aux lois et aux pratiques canadiennes<sup>223</sup>.»

#### *Les terres de réserve indiennes*

De la même manière, l'article 14 imposerait l'obligation de reconnaître le droit de propriété autochtone sur toutes les réserves indiennes. Bien entendu, le plein titre de propriété des terres de réserves indiennes est détenu par la Couronne pour l'usage et le bénéfice des bandes indiennes. Au moment de négocier les modalités d'autonomie gouvernementale, les bandes indiennes pourraient demander le transfert des pleins titres de propriété sur les terres de leurs réserves, mais ne seraient pas tenues de le faire.

Si ces deux points préoccupent le Canada, c'est qu'en vertu de la loi canadienne, les droits de propriété et de possession sont deux choses différentes. En dehors d'une cession complète, la Couronne conserve la propriété ou le titre des terres, tandis que les autochtones n'en ont que la possession. La politique sur le règlement des revendications globales devrait permettre au Canada de conclure avec les peuples autochtones une entente qui respecterait les critères de l'article 14. Le seul critère de fond de cette disposition concerne la reconnaissance «des droits de propriété et de possession». Les deux autres paragraphes de l'article 14 expliquent clairement la marche à suivre : premièrement, identifier les terres que les peuples intéressés occupent traditionnellement et, deuxièmement, instituer des procédures adéquates pour le règlement des revendications territoriales. Le Canada a déjà pris les mesures nécessaires pour se conformer aux exigences de l'ensemble de l'article 14, et ces mesures devraient être suffisantes pour permettre la ratification de la convention.

La ratification par le Canada devrait être d'autant plus facile que la convention contient une clause dérogatoire générale qui permet une certaine souplesse dans l'application des mesures. Cette clause prévoit que «[l]a nature et la portée des mesures à prendre pour donner effet à la présente convention doivent être déterminées avec souplesse, *compte tenu des conditions particulières à chaque pays*<sup>224</sup>». Cette disposition générale précise de manière extrêmement claire qu'une partie respecte les obligations découlant d'un traité dès lors qu'elle peut donner la preuve qu'elle fait de son mieux et qu'elle agit de bonne foi. Le critère de la bonne foi est non seulement conforme au principe fondamental du droit général des traités<sup>225</sup>, mais au Canada, il fait également partie intégrante de l'obligation de fiduciaire générale à l'égard des peuples autochtones.

### *Les coutumes indigènes en matière de droit pénal et de détermination de la peine*

La convention contient trois dispositions se rapportant aux coutumes indigènes. Elles précisent qu'en appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leurs droits coutumiers<sup>226</sup>. Une de ces dispositions ajoute que, dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national, les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être respectées<sup>227</sup>. Par ailleurs, les «autorités et les tribunaux appelés à statuer en matière pénale doivent tenir compte des coutumes de ces peuples dans ce domaine<sup>228</sup>». Enfin, au chapitre des sanctions pénales, la «préférence doit être donnée à des formes de sanction autres que l'emprisonnement<sup>229</sup>».

Le Canada s'inquiète que «les coutumes indigènes en matière pénale doivent *toujours* être prises en considération par les tribunaux<sup>230</sup>». En fait, le mot «*toujours*» ne figure pas dans le texte de la convention et le Canada n'oublie pas de souligner que, dans la pratique, les tribunaux canadiens prennent en compte les coutumes autochtones quand ils imposent une peine<sup>231</sup>. Il est vrai que les tribunaux ne sont pas tenus de le faire en vertu du *Code criminel*, mais cette pratique dénote une attitude équitable et généreuse qui prend sa source dans l'obligation de fiduciaire qui impose à la Couronne d'administrer la justice pénale pour les peuples autochtones. Il apparaît donc que le Canada se conforme déjà en tout point aux obligations qu'impose la convention.

### *Les établissements d'enseignement indigènes*

La convention demande aux gouvernements de reconnaître le droit aux peuples indigènes «de créer leurs propres institutions et moyens

d'éducation», à condition que ces institutions répondent aux normes minimales. Par ailleurs, il importe que «des ressources appropriées soient fournies à cette fin<sup>232</sup>».

Le Canada fournit déjà de tels services éducatifs à ses peuples indigènes, et dans certains cas, «des groupes autochtones ont pu établir des institutions d'enseignement séparées — écoles de réserve gérées par les bandes et collèges communautaires autochtones — et ils ont reçu un appui financier à cette fin». Cependant, «l'octroi de ce genre d'aide financière dépend des circonstances particulières, notamment le nombre d'élèves participant et la possibilité de satisfaire leurs besoins dans le cadre du système général d'éducation<sup>233</sup>».

Il est clair que le Canada s'inquiète surtout ne de pas être en mesure de respecter son obligation d'offrir «des ressources appropriées». Bien que cette inquiétude soit tout à fait fondée en cette période de restrictions financières que nous traversons, la clause dérogatoire générale dont nous avons parlé plus haut devrait suffire à apaiser les craintes du Canada.

#### *La définition du terme «terres»*

L'article 13 de la convention porte que «[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<sup>234</sup>.» Le Canada craint que l'expression «totalité de l'environnement» soit mal définie et susceptible d'interprétations diverses, tel que l'indique la définition du terme «terres» utilisé comme synonyme de «territoires». En droit international, ce terme englobe généralement toutes les eaux intérieures et, dans le cas d'un archipel, toutes les zones littorales situées en deçà d'une ligne de base droite. C'est le cas pour l'archipel de l'Arctique canadien depuis l'établissement de lignes de base droites, en

1985. D'autre part, les Inuit du Canada ont toujours considéré la glace marine comme une «terre» pour leurs activités de chasse et de pêche et le Canada a déjà reconnu cet état de choses dans les ententes qu'il a conclues avec eux<sup>235</sup>.

Dans l'article 15, auquel il est fait allusion dans la définition du terme «terres», les États s'engagent à sauvegarder les droits «des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres» et, dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol, à leur verser une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison des activités d'exploitation de ces ressources. Ces principes semblent avoir été respectés par le Canada dans l'Entente finale de 1984 avec les Inuvialuit. Quant à l'article 16, il interdit le déplacement des peuples indigènes «des terres qu'ils occupent» et stipule que si l'on doit procéder à des réinstallations à titre exceptionnel, celles-ci «ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement.» Ce dernier principe n'était probablement pas aussi bien défini en droit international lorsque le Canada a réinstallé certains membres de la population inuit dans l'Extrême-Arctique en 1950 et 1953. Depuis, la Commission royale sur les peuples autochtones a conclu que les personnes réinstallées ne sont pas parties de leur plein gré et a recommandé au gouvernement de présenter ses excuses et de dédommager les personnes concernées<sup>236</sup>. Il est probable que le gouvernement canadien acceptera ces recommandations et n'aura aucun problème à souscrire à l'article 16.

#### *La signification du terme «peuples»*

L'article premier de la convention précise que 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». Bien entendu, il est clair que l'intention des rédacteurs était de faire en sorte que la convention ne puisse être interprétée par les peuples indigènes comme justifiant leur droit à l'autodétermination en vertu du droit international. De fait, le Canada a précisé dans un document qu'il a fait parvenir à l'OIT, que [TRADUCTION] «tout usage du terme "peuples" serait inacceptable sans une clause de réserve indiquant clairement que l'utilisation de ce terme ne confère pas, implicitement ou explicitement, le droit à l'autodétermination»<sup>237</sup>. D'après Douglas Sanders, «c'est en grande partie à l'insistance des représentants du gouvernement canadien qui s'opposaient à l'usage du mot "peuples" que l'on doit le style renoncitatif de la convention»<sup>238</sup>.

Si le Canada craint encore que le terme «peuples» reçoive une interprétation trop libérale relativement au droit à l'autodétermination des peuples autochtones, le Projet de déclaration sur les populations autochtones présenté par les Nations Unies en 1993 devrait suffire à apaiser ses craintes. La déclaration va plus loin que la convention puisque son article premier reconnaît le droit des peuples indigènes à l'autodétermination, mais la seule forme qu'elle envisage pour l'exercice de ce droit est l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones dans des domaines se rapportant à leurs affaires internes et locales. Il convient toutefois de noter que les principes fondamentaux de la déclaration continuent d'évoluer, tout comme la question de la reconnaissance des droits des peuples indigènes de manière générale<sup>239</sup>.

### **Conclusion**

En conclusion, on peut dire que la Convention n° 169 de l'OIT reconnaît de nombreux droits individuels et collectifs réputés découler de l'obligation de fiduciaire des États. En vigueur depuis 1991, elle a été signée par huit États, en l'occurrence le Mexique, la Norvège, la

Colombie, la Bolivie, le Costa Rica, le Honduras, le Nicaragua et le Pérou. Si le Canada ne l'a pas encore ratifiée, ce n'est pas seulement parce que le gouvernement fédéral doit d'abord consulter les provinces et les territoires, mais aussi et peut-être surtout qu'il est craintif face à certaines obligations qu'impose la convention. Sa crainte porte sur les cinq éléments suivants : (1) la propriété des terres traditionnellement occupées par les peuples indigènes; (2) la propriété des terres de réserves indiennes; (3) les coutumes indigènes en matière de droit pénal et de détermination de la peine; (4) la création et le financement d'établissements d'enseignement indigènes; (5) la définition large du terme «terres».

Après examen des préoccupations du Canada, on peut conclure qu'elles ne devraient pas l'empêcher de ratifier la convention, en particulier (mais certainement pas exclusivement) à cause d'une clause dérogatoire générale contenue dans la convention, qui prévoit que les mesures d'application «doivent être déterminées avec souplesse, compte tenu des conditions particulières à chaque pays». Quant à la préoccupation plus générale du Canada se rapportant au sens que l'on peut donner au terme «peuples» dans la convention, il paraît clair que ce terme ne peut être interprété comme impliquant un droit à l'auto-détermination complète, en vertu du droit international.

## NOTES

### INTRODUCTION

1. Ce paragraphe s'inspire largement de l'article de R. St. J. Macdonald, "The Relationship Between International Law and Domestic Law in Canada", dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, sous la dir. de Macdonald *et al.* (1974), p. 111. Cette approche fondée sur l'adoption plutôt que sur la transformation des règles coutumières a été énoncée de façon claire et nette par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Foreign Legations*, [1943] S.C.R. 208.

### PARTIE I

2. Emmer de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*. Texte (traduit) cité ici : *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Classics of International Law, édition de 1916, p. 3.
3. 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), p. 17.
4. 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), pp. 560-561, citant Vattel.
5. Quelques années après les affaires concernant les Cherokees, Henry Wheaton, l'arrêtiste de la Cour suprême, a publié un traité de droit international dans lequel il explique la nature de la notion de protectorat consensuel invoquée par le juge en chef Marshall, soulignant que la relation de protection entre nations ou États repose sur un «pacte exprès». Henry Wheaton, *Elements of International Law* (1836), Sec. 33, édition Dana de 1866.
6. Voir, de façon générale, *Imperialism*, sous la dir. de Philip D. Curtin (1971), pp. 1-40, où figurent des extraits de textes originaux du XIX<sup>e</sup> siècle, dans lesquels on explique, au moyen de raisonnements pseudo-scientifiques, l'infériorité inhérente des races et des cultures autres que celles des Blancs.
7. Francisco de Vitoria, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, traduit du latin («De Indis et de Iure Belli Reflectiones») par Maurice Barbier, Genève, Librairie Droz, 1966, pp. 100-101.
8. United Kingdom, House of Commons, Select Committee on Aboriginal Tribes, Report (1837), cité dans Russel Barsh et

James Youngblood Henderson, *The Road: Indian Tribes and Political Liberty* (1980), p. 86.

9. Lord John Russell, lettre à sir George Gipps, datée du 23 août 1840, reprise dans Alpheus Henry Snow, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations* (1918), édition de 1972, p. 29.
10. Voir *The Scramble for Africa: Documents on the Berlin West African Conference and Related Subjects 1884-1885*, sous la dir. de R.J. Gavin et J.A. Bentley (1973).
11. Acte général de la Conférence de Berlin, art. VI (texte anglais repris dans *The Scramble for Africa*, cité à la note 10, p. 291). Voir également M.F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), pp. 333-334; l'auteur y cite des dispositions analogues, tirées des actes finals de conférences ultérieures.
12. *Ibid.*, pp. 324-336. Voir par ailleurs *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, pp. 34-35 : on refuse d'y reconnaître le caractère juridique international des préceptes de la tutelle appliqués à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, si ce n'est ceux qui ont émané directement du régime des mandats de la Société des Nations.
13. *War and Peace: Presidential Messages, Addresses and Public Papers (1917-1924)*, sous la dir. de R.S. Baker et W.E. Dodd (1927), p. 411.
14. Pacte de la Société des Nations, art. 22 § 1.
15. Par exemple, le Pacte de la Société des Nations, art. 22 § 2 («[l]a meilleure méthode de réaliser pratiquement ce principe est de confier la tutelle de ces peuples aux nations développées»).
16. Selon leur situation particulière, les territoires placés sous mandat de la Société des Nations devaient être : 1) guidés vers l'indépendance; 2) administrés de façon assez souple par la puissance mandataire désignée, de manière à assurer la sécurité et le maintien de l'ordre; 3) incorporés sous le régime légal et administratif général de la puissance mandataire comme faisant partie intégrante de son territoire. (*Ibid.*, art. 22 §§ 3-6)  
En plus d'établir le régime des mandats, le Pacte obligeait tous les membres de la Société des Nations «à assurer le

traitement équitable des populations indigènes dans les territoires soumis à leur administration». (*Ibid.*, art. 23 a))

17. Charte des Nations Unies, art. 73; voir également les art. 75 à 85 (établissant un régime international de tutelle parallèle).
18. La Résolution 1514 de 1960 de l'Assemblée générale a confirmé la pratique qui a fixé la norme de l'accession à l'indépendance pour les territoires coloniaux avec leurs frontières coloniales intactes, indépendamment de leur caractère arbitraire. Voir *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. A.G. 1514(XV), Cpte rend. off. A.G. N.U., 15<sup>e</sup> sess., supp. n° 16, p. 46, Doc. N.U. A/4684 (1960) : «Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires [...] qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires»; et Malcolm Shaw, *Title to Territory in Africa* (1986), p. 93; l'auteur analyse le caractère arbitraire des frontières coloniales en Afrique, du point de vue de la composition ethnique des populations indigènes, et des frontières demeurées intactes durant la décolonisation.  
En vertu de la Résolution d'accompagnement 1541 et de la pratique internationale s'y rapportant, l'autodétermination est également réputée réalisée au moyen de l'association ou de l'intégration d'un territoire colonial à un État indépendant, tant que l'arrangement qui en résulte emporte une mise en situation d'égalité pour le peuple du territoire concerné et est confirmé par l'expression libre de la volonté de ce dernier. Rés. A.G. 1541(XV), Cpte rend. off. A.G. N.U., 15<sup>e</sup> sess., Annexe, Point 38 de l'ordre du jour, p. 10, Doc. N.U. A/4651 (1960). Ofuatye-Kodjoe conclut que la Résolution 1541 de l'A.G. reflète la pratique internationale de l'application du principe d'autodétermination aux territoires coloniaux : Ofuatye-Kodjoe, *The Principle of Self-Determination in International Law* (1977), pp. 115-128.
19. Voir les notes 21 à 23 ainsi que le texte d'accompagnement.
20. Voir Rodolfo Stavenhagen, *The Ethnic Question: Conflicts, Development, and Human Rights* (1990), pp. 5-6.
21. Convention (n° 107) de l'Organisation internationale du Travail concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, le 26 juin 1957 (entrée en vigueur le 2 juin 1959) [ci-après Convention n° 107].

22. Dans l'article premier de la Convention, on lit : «La présente Convention s'applique [...] aux *membres* des populations tribales ou semi-tribales [...]» (art. 1<sup>er</sup> § 1) [c'est nous qui soulignons].
23. Rodolfo Stavenhagen, «La Situación y los Derechos de los Pueblos Indígenas de América», *América Indígena* 63/1-2 (1992).
24. Aux États-Unis, par exemple, plusieurs jeunes Indiens, dont certains titulaires d'un diplôme universitaire, se sont présentés, sans y avoir été invités, à la Conférence de 1961 sur la politique indienne organisée avec l'aide du Département d'anthropologie de l'Université de Chicago. Ils ont émis une déclaration affirmant le droit à l'autonomie gouvernementale des Indiens. Ils ont ajouté qu'ils avaient l'intention de s'accrocher à ce qui reste de leurs terres avec autant d'acharnement que toute petite nation ou tout groupe ethnique déterminé à conserver son identité et à assurer sa survivance. De plus, les jeunes militants ont profité de la conférence pour créer le National Indian Youth Council et, du même coup, une nouvelle forme de défense des intérêts des Indiens arrimée au mouvement plus vaste des droits civiques. D'autres associations militantes indiennes ont par la suite été formées, notamment l'American Indian Movement et son pendant sur la scène internationale, le Conseil international des traités indiens.
25. Les travaux d'auteurs autochtones qui ont trouvé un vaste auditoire constituent d'importants éléments de ce processus, notamment Vine Deloria, Jr., *Custer Died for Your Sins*, 1969 (Deloria appartient à la nation sioux de Standing Rock); et Ramiro Reinaga, *Ideología y Raza en América Latina*, 1972 (Reinaga est un Quechua).
26. À une fréquence sans cesse croissante, de plus en plus de représentants des peuples autochtones ont comparu devant les instances des droits de l'homme de l'ONU, fondant leurs demandes sur les principes généralement reconnus des droits de la personne. Voir, de façon générale, National Lawyer's Guild, *Rethinking Indian Law*, pp. 139-176; il y est question des efforts des peuples autochtones, de la fin des années 70 au début des années 80, au sein de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Voir également, *infra*, les notes 42 et 48 à 50, ainsi que les textes d'accompagnement; on y analyse la participation des peuples

autochtones au Groupe de travail sur les populations autochtones, créé en 1982 à l'ONU); Getches *et al.*, *Federal Indian Law: Cases and Materials*, 3<sup>e</sup> éd. (1993), pp. 1029-1032; l'auteur analyse les affaires concernant des individus et des groupes autochtones débattues devant le Comité des droits de l'homme en vertu de la procédure de dépôt de plaintes établie par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Les peuples autochtones se sont donné un meilleur accès à ces instances lorsque plusieurs associations représentant des groupes autochtones ont obtenu le statut d'observateur officiel au Conseil économique et social des Nations Unies, l'organe mère des instances de défense des droits de l'homme à l'ONU. Les peuples autochtones se sont en outre prévalu des instances de l'Organisation des États américains, et en particulier de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Voir Getches *et al.*, *supra*, pp. 1032-1033; on y fait l'analyse d'affaires dont la Commission interaméricaine des droits de l'homme a été saisie par des représentants autochtones). Le recours aux instances internationales de sauvegarde des droits de l'homme par les peuples autochtones a été favorisé par la publication, en 1984, d'*Indian Rights-Human Rights: Handbook for Indians on International Human Rights Complaint Procedures*, petit ouvrage rédigé à l'intention des profanes. Cette publication de l'Indian Law Resource Center, qui compte maintenant des bureaux à Helena (Montana) et à Washington (D.C.) a par la suite paru en espagnol et été distribuée partout dans les Amériques.

27. Voir, de façon générale, Kelly Roy et Gudmundur Alfredsson, «Indigenous Rights: The Literature Explosion», *Transnational Perspectives* 13/19 (1987).
28. Rés. A.G. 45/164 (18 décembre 1991), proclamant l'année, et Rés. A.G. 48/163 (20 décembre 1993), proclamant la décennie commençant le 10 décembre 1994. Voir, de façon générale, «Inauguration of the "International Year of the World's Indigenous People"», *Transnational Law and Contemporary Problems* 3 (1993), où sont compilées des déclarations faites à cet égard devant l'Assemblée générale par le Secrétaire général de l'ONU, les représentants des peuples autochtones et d'autres intervenants.

29. Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, adoptée le 27 juin 1989 (entrée en vigueur le 5 septembre 1990) [ci-après Convention n° 169].
30. Les peuples autochtones se chargeant de plus en plus d'établir l'ordre du jour en matière de droit international des droits de la personne, pour les points les concernant, on en est venu à considérer la Convention n° 107 de 1957 comme anachronique. En 1986, l'OIT a convoqué une réunion d'experts qui ont recommandé que la Convention soit révisée. (Rapport de la réunion d'experts, repris en partie dans Organisation internationale du Travail, Révision partielle de la convention (n° 107) relative aux populations autochtones et tribales, 1957, Rapport VI(1), Conférence internationale du Travail, 75<sup>e</sup> session, Genève (1988), pp. 110-129. Au terme de la réunion, on a conclu, de façon unanime, que la formulation intégrationniste de la Convention n° 107 était «désuète» et «destructrice dans le monde moderne» (*Ibid.* § 46, p. 118).

La question de la révision a été reprise lors des sessions de 1988 et de 1989 de la Conférence internationale du Travail, l'instance décisionnelle suprême de l'OIT. Au terme de la session de 1989, la Conférence a adopté la nouvelle Convention n° 169, de même que l'évolution des idées dont elle témoigne. Pour une description détaillée de la Convention n° 169 et du processus qui y a conduit, voir Lee Swepston, «A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989», *Oklahoma City University Law Review* (1990); et Russel Barsh, «An Advocate's Guide to the Convention of Indigenous and Tribal Peoples», *Oklahoma City University Law Review* 15 (1990). La Convention est entrée en vigueur en 1991, avec les ratifications de la Norvège et du Mexique. Parmi les autres États qui ont ratifié ultérieurement la Convention, on retrouve la Bolivie, la Colombie, le Costa Rica, le Paraguay et le Pérou.

31. Voir Travail Canada, *Situation canadienne en ce qui concerne la Convention n° 169 sur les peuples indigènes et tribaux adoptée à la 76<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du travail* (1990). On y soulève des questions liées au fédéralisme que pose la mise en œuvre de la Convention et divers autres points d'achoppement relativement à son harmonisation technique avec le droit canadien.

32. Voir, par exemple, *ibid.*, art. 5 («reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples»).
33. *Ibid.*, Partie III (Recrutement et conditions d'emploi), Partie IV (Formation professionnelle, artisanat et industries rurales), Partie V (Sécurité sociale et santé) et Partie VI (Éducation et moyens de communication).
34. Voir, par exemple, *ibid.*, art. 7 § 1 :  
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'ils 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 programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement.
35. Cette situation est, entre autres, reconnue dans le sixième alinéa du préambule de la Convention, précité à la note 31. La nécessité de mettre sur pied des programmes particuliers internationaux et étatiques à l'intention des peuples autochtones a été établie et largement admise au cours d'années d'études d'experts et d'enquêtes officielles coordonnées par des organisations internationales. Voir note 52.
36. Voir, par exemple, la Convention n° 169, art. 8 § 1 : «En appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être *dûment tenu compte* de leurs coutumes ou de leur droit coutumier.»; art. 9 § 1 : «*Dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national* et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international, les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être respectées.»; art. 10 § 1 : «Lorsque des sanctions pénales prévues par la législation générale sont infligées à des membres des peuples intéressés, *il doit être tenu compte* de leurs caractéristiques économiques, sociales et culturelles.» [c'est nous qui soulignons]  
À la Conférence internationale du Travail de 1989, des représentants d'organisations autochtones ont fait part de leur

insatisfaction à l'égard de la nouvelle Convention n° 169. Voir la déclaration de M<sup>me</sup> Venne, représentante du Groupement international de travail pour les affaires indigènes, qui s'exprimait au nom des peuples autochtones d'Amérique du Nord et d'Amérique du Sud, des pays nordiques, du Japon, de l'Australie et du Groenland, Compte rendu provisoire 31, 31/6, Conférence internationale du Travail, 76<sup>e</sup> session (Genève, 1989) [ci-après Compte rendu provisoire 31 de l'OIT].

37. Dans la Convention, on lit ce qui suit :
- 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.

En outre, il a été convenu que le texte suivant figurerait dans le compte rendu des débats :

Il est convenu par la Commission que l'utilisation du terme «peuples» dans cette Convention n'implique en aucune façon le droit à l'autodétermination tel que défini dans le droit international. (*Rapport de la Commission de la Convention n° 107*, Compte rendu provisoire 25, Conférence internationale du Travail, 76<sup>e</sup> session, Genève, 1989, p. 25/7 § 31 [ci-après dénommé Compte rendu provisoire 25 de l'OIT])

38. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966, art. 1<sup>er</sup> § 1, Cpte rend. off. A.G. N.U. 21, suppl. n° 16, p. 52 (angl.), Doc. N.U. A/6316, (1967), entré en vigueur le 26 mars 1976.*
39. Déclaration de Lee Swepston, de l'Organisation internationale du Travail, devant le Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, le 31 juillet 1989 (documentation personnelle de l'auteur).
40. Swepston, cité à la note 30, p. 689.
41. Voir les notes 24 à 28 et le texte d'accompagnement.
42. En ce qui concerne les activités des Nations Unies en la matière, l'un des tournants a été la résolution de 1971 du Conseil économique et social autorisant la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des

minorités à entreprendre une étude du problème de la discrimination vécu par les populations autochtones (Rés. Cons. écon. et soci. 1589(1), Cpte rend. off. Cons. écon. et soc. des N.U., 21 mai 1971). L'étude, qui a d'abord pris la forme d'une série de rapports partiels publiés de 1981 à 1983, figure dans : Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1986/7 & Add. 1-4 (1986), Jose Martinez Cobo, rapporteur spécial [ci-après étude Martinez Cobo]. Voici, dans l'ordre de publication, les documents originaux regroupés dans l'étude : Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/476/Add. 1-6 (1981); E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add. 1-7 (1982); et E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add. 1-7 (1983).

L'étude Martinez Cobo a incité des spécialistes, parrainés par des organisations internationales, à recueillir des données additionnelles et à procéder à des évaluations, par exemple : Séminaire organisé par les Services consultatifs techniques des Nations Unies sur le racisme et les relations entre populations autochtones et États (Genève, 1989); Réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans les domaines de l'application de plans d'autonomie interne en faveur de populations autochtones (Groenland, 1991), et Conférence technique des Nations Unies sur l'expérience acquise dans la réalisation par les peuples autochtones d'un développement autonome durable et respectueux de l'environnement (Chili, 1992).

À la suite des recommandations de l'étude Martinez Cobo et des représentants des populations autochtones, la Commission des droits de l'homme et le Conseil économique et social ont, en 1982, approuvé l'établissement du Groupe de travail sur les populations autochtones : Rés. Comm. des droits de l'h. N.U. 1982/19 (1982); Rés. Cons. éco. et socia. 1982/34, Cpte rend. off. Cons. éco. et socia. N.U. (1982). Grâce à la politique qui autorise la participation de tous à sa session annuelle de une ou de deux semaines, le Groupe de travail est devenu une tribune internationale de la plus haute importance : on y diffuse constamment de l'information et on y échange des points de vue sur les revendications des peuples autochtones. La question des peuples autochtones a régulièrement été abordée par les organes mères du Groupe de travail, en particulier par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et par la Commission des droits de l'homme; de plus, la question était également présente à l'ordre

du jour de conférences mondiales récemment parrainées par l'ONU : la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 1992), la Conférence mondiale des droits de l'homme (Vienne, 1993) et la Conférence internationale sur la population et le développement (Le Caire, 1994).

Au sein de l'Organisation des États américains, l'Institut interaméricain d'affaires indigènes et, dans une moindre mesure, la Commission interaméricaine des droits de l'homme portent un intérêt constant aux peuples autochtones. En novembre 1989, l'Assemblée générale de l'OEA a résolu de «demander à la Commission interaméricaine des droits de l'homme de préparer un instrument juridique relatif aux droits des populations indigènes». (Rés. A.G. 1022, XIX-0/89)

Voir également la note 26, où on analyse la procédure de dépôt de plaintes à laquelle ont eu recours les peuples autochtones au sein des systèmes de l'ONU et de l'OEA.

43. En droit coutumier, les normes naissent lorsqu'un nombre prépondérant d'États et d'autres acteurs faisant autorité convergent vers une compréhension commune du contenu de ces normes et s'attendent de façon générale à un comportement futur conforme à ces normes. McDougal, Laswell et Chen disent du droit coutumier qu'il comprend, selon ce qu'on en dit en général, deux éléments : un élément dit «matériel», observé dans certaines uniformités de comportement antérieures, et un élément dit «psychologique», ou *opinio juris*, observé dans certains «devoirs de faire» subjectifs dont sont assorties ces uniformités de comportement : Meyers McDougal *et al.*, *Human Rights and World Public Order* (1980), p. 269 (note en bas de page omise). À titre comparatif, voir l'alinéa 38 § 1 a) du Statut de la Cour internationale de Justice, où l'on définit «la coutume internationale comme [étant la] preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit». Voir également Louis B. Sohn, «Unratified Treaties as a Source of Customary International Law», dans *Realism in Law-making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagan*, sous la dir. d'Adrian Bos et Hugo Siblesz (1986). L'auteur analyse comment, dans le cadre de la négociations des traités, le dialogue multilatéral peut donner naissance à un droit coutumier, avant même la ratification du traité; et *TOPCO/CALASIATIC v. Libyan Arab Republic*, International Arbitral Tribunal, Merits (1977), 17 *Im'l Legal Materials* 1978 (arbitre René-Jean Dupuy) déterminant l'existence d'un droit coutumier applicable en se fondant en

partie sur la structure des votes des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU.

Les fondements théoriques permettant de définir un nouveau droit international coutumier relatif aux peuples autochtones sont décrits plus en détail dans S. James Anaya, «Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law», *Arizona Journal of International and Comparative Law* 8/2 (1991), pp. 8 à 15 et notes 37 à 59.

44. Voir Compte rendu provisoire 25 de l'OIR (1989), cité à la note 37, pp. 25/24-25.
45. Compte rendu provisoire 32; Conférence internationale du Travail, Soixante-seizième session, Genève, 1989, pp. 32/19 à 21 [ci-après Compte rendu provisoire 32].
46. Parmi les délégués qui ont voté en faveur de la Convention, on retrouve les représentants des gouvernements de 92 États; les délégations de 20 États se sont abstenues.
47. La déclaration du Pérou est caractéristique du point de vue exprimé par les gouvernements qui se sont abstenus :

Étant donné l'importance que revêt cette question pour le Pérou, notre délégation a participé activement à la révision de la Convention (n° 107), en vue de mettre à jour le texte et de l'améliorer dans le cadre d'un effort multilatéral en faveur des droits des communautés indigènes et tribales vivant dans les divers pays et en faveur également de la communauté internationale, puisqu'il importe que soit transmis et développé le patrimoine culturel de ses populations.

Il existe dans mon pays une législation moderne en la matière, et je dois dire qu'une large part des critères énoncés dans la nouvelle convention sont d'ores et déjà intégrés dans cette législation. Néanmoins, cet effort international, qui a d'autant plus de valeur qu'il est le fait d'un organisme tripartite, représente un progrès très important qui bénéficiera de notre appui.

À cet égard, au terme de longues négociations qui ont abouti à un texte adopté par consensus, notre délégation a cependant dû émettre des réserves quant à l'emploi dans le projet de convention de certains termes se prêtant à des interprétations ambiguës de nature à susciter des difficultés vis-à-vis de la législation en

vigueur dans notre pays sur des questions de la plus haute importance. Ces réserves ont été consignées au paragraphe 156 du rapport de la commission [...] (Compte rendu provisoire 32, cité à la note 45, p. 32/13)

L'extrait du rapport de la Commission cité rend compte des craintes du Pérou au sujet de l'emploi du terme «territoires» et d'autres formulations qui «pourraient impliquer le droit d'accorder ou de refuser l'approbation, et ainsi conduire à des principes de souveraineté en dehors de la Constitution» (Compte rendu provisoire 25, cité à la note 37, p. 25/21 § 156). Voir également, à titre d'exemple, la déclaration du délégué de l'Argentine (Compte rendu provisoire 32, cité à la note 45, p. 32/13); on y souscrit à «l'esprit pluraliste de la convention révisée» et on y appuie «une législation interne reconnaissant l'identité ethnique et linguistique des populations indigènes», et «l'octroi de terres à ces populations», tout en soulevant certaines réserves quant à l'emploi du terme «peuples» pour désigner les collectivités visées, ainsi qu'à l'inclusion des termes «consentement» et «accord» au paragraphe 2 de l'article 6.

48. Certains de ces commentaires sont reproduits intégralement ou sont résumés dans *Résumé analytique des observations et commentaires communiqués en application de la résolution 1988/18 de la Sous-Commission*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1989/33/Add. 1-3 (1989); *Commentaire analytique sur le projet de principes contenu dans la première version révisée du projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1990/1 & Add. 1-3 (1990); et *Document de travail révisé présenté par le Président-Rapporteur*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1991/36 (1991).
49. *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, adopté par le Groupe de travail à sa onzième session*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1993/29, Annexe I (1993) [ci-après *Projet de déclaration*].

Le Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones a été formé en 1982. Il s'agit d'un organe de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, qui a reçu pour mandat d'examiner les faits nouveaux concernant la situation des peuples autochtones dans le monde entier et de travailler en vue de l'élaboration de normes internationales correspondantes. (Rés. Comm. des dr. de l'h. des N.U. 1982/19, citée à la note 42)

50. Au sujet de l'autodétermination, voir l'art. 3 du Projet de déclaration, cité à la note 49 : «Les peuples autochtones 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.»

Au sujet des terres et des ressources, voir par exemple l'art. 26 :  
Les peuples autochtones ont le droit de posséder, de mettre en valeur, de gérer et d'utiliser leurs terres et territoires, c'est-à-dire l'ensemble de leur environnement comprenant les terres, l'air, les eaux, fluviales et côtières, la banquise, la flore, la faune et les autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement. Ils ont notamment droit à la pleine reconnaissance de leurs lois, traditions et coutumes, de leur régime foncier et des institutions chargées d'exploiter et de gérer leurs ressources, ainsi qu'à des mesures de protection efficaces de la part des États contre toute ingérence ou toute aliénation ou limitation de ces droits ou tout obstacle à leur exercice.

Au sujet de l'autonomie politique, voir par exemple l'art. 31 :  
Les peuples autochtones, dans l'exercice spécifique de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales, et notamment la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement et l'accès de non-membres à leur territoire, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes.

51. Résolution citée à la note 42. On trouvera une description du nouvel instrument juridique sur les droits des autochtones proposé par l'OEA dans *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1988-89*, pp. 24-251, OEA/Ser.L/V/II.76, Doc. 10 (18 septembre 1989).
52. Ces commentaires sont résumés dans *Report on the First Round of Consultations Concerning the Future Inter-American Legal Instrument on Indigenous Rights*, publié dans *Annual Report of*

*the Inter-American Commission on Human Rights, 1992-1993*,  
OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, corr. 1 (1993), p. 263.

53. Voir Julian Burger, *Report From the Frontier: The State of the World's Indigenous Peoples* (1987), pp. 1-5. L'auteur analyse les effets des projets d'aménagement sur les terres autochtones, particulièrement dans les pays en développement.
54. Voir, de façon générale, Shelton Davis et William Partridge, «Promoting the Development of Indigenous People in Latin America», *Finance and Development* (mars 1994), pp. 38-39. On y analyse le rôle joué par la Banque mondiale et d'autres bailleurs de fonds internationaux.
55. Pour une analyse des événements qui ont conduit à l'adoption de la directive opérationnelle 4.20 de la Banque mondiale, voir Michael Cernea, *Sociologists in a Development Agency: Experiences from the World Bank*, Washington (D.C.), Banque mondiale, Département de l'Environnement, mai 1993.
56. Action 21, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 13 juin 1992, Doc. N.U. A/CONF.151/26 Rev.1, vol. I, Annexe 2 (1993).
57. Résolution sur les mesures internationales nécessaires à une protection effective des peuples indigènes, Doc. Parlement européen (PV 58) 2 (9 février 1994).
58. Résolution de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 14 mars 1973, OEA/Ser.P.AG/doc.305/73 Rev.1, pp. 90-91 (1973); Document de Helsinki, *Les défis du changement*, § 6(29), repris dans Cpte rend. off. A.G., 47<sup>e</sup> session, p. 65, Doc. N.U. A/47/361 (1992); Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, Déclaration et Programme d'action de Vienne, Doc. N.U. A/CONF.157/23 (12 juillet 1993).
59. De tels rapports ont été présentés régulièrement aux assemblées annuelles du Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, en conformité avec son mandat de «procéder à un examen [...] de l'évolution dans [le] domaine [de la promotion et de la protection des] droits des populations autochtones» : Résolution 22 de la Sous-Commission, 29 août 1985. Voir les résumés intitulés «Examen des faits nouveaux concernant la promotion et la protection des droits de l'homme

et des libertés fondamentales des populations autochtones» dans les rapports annuels du Groupe de travail. Les mémoires des gouvernements paraissent entre autres dans les sources suivantes : Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1989/2 & Add.1 (renseignements fournis par l'Australie, le Brésil, le Canada et le Venezuela); Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1990/4 (renseignements fournis par le Bangladesh), et Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1991/4 (renseignements fournis par la Colombie).

60. Declaración de Colombia en Nombre del Grupo Latinoamericano y del Caribe en la Conmemoración del Año Internacional de las Poblaciones Indígenas (Tema 8), Conferencia Mundial de Derechos Humanos (18 juin 1993) (texte établi à partir du passage traduit de l'espagnol à l'anglais par l'auteur).
61. Son Excellence l'ambassadeur Haakon B. Hjelde, chef de la délégation norvégienne, déclaration faite au nom des délégations de la Finlande, de la Suède et de la Norvège à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne le 18 juin 1993.
62. Z.A. Kornilova, déclaration faite par un membre de la délégation de la Fédération de Russie à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, au sujet du point n° 8 au programme, soit l'Année internationale des populations autochtones (18 juin 1993).
63. Pour une analyse de la teneur et des aspects généraux des normes internationales nouvelles et émergentes concernant les peuples autochtones, voir S. James Anaya, «Indigenous Rights Norms», cité à la note 43.
64. Charte des Nations Unies, art. 1<sup>er</sup> §§ 2, 3, 55, 56.
65. Voir *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d. Cir. 1980) : arrêt de la Cour d'appel des États-Unis où il est établi que l'obligation qu'impose la Charte de l'ONU de faire respecter les droits de la personne s'applique aux droits de la personne dont la teneur est généralement comprise.
66. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, cité à la note 38; Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, 16 déc. 1966, Rés. A.G. 2200 (XXI), 21 Cpte rend. off. A.G. N.U., suppl. n° 16, p. 49 (angl.), Doc.

N.U. A/6316 (1967); Nations Unies, *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux*, New York, 1988, p. 7 (date d'entrée en vigueur : 3 janvier 1976). Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 7 mars 1966, Rés. A.G. 2106 A(XX), 20 Cpte rend. off. A.G. N.U., suppl. n° 14, p. 47 (angl.), Doc. N.U. A/6014 (1965); Nations Unies, *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux*, New York, 1988, p. 55 (date d'entrée en vigueur : 4 janvier 1969).

67. Cela ressort clairement du rapport largement diffusé commandé par l'Assemblée nationale du Québec : Thomas M. Franck, Rosalyn Higgins, Alain Pellet, Malcolm N. Shaw et Christian Tomuschat, *L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté* (8 mai 1992) [ci-après rapport Pellet]. Les auteurs du rapport font observer que «le droit à l'autodétermination est à "géométrie variable" en ce sens que s'il signifie partout et toujours que tous les peuples ont le droit de participer aux choix politiques, économiques, sociaux et culturels les concernant, il entraîne fort rarement un droit à l'indépendance» (p. 423). Ils insistent sur le fait que le droit à l'autodétermination, ainsi défini, «n'[est] pas limité à telle ou telle catégorie de peuples» et critiquent la position ambiguë du Canada, qui se refuse à considérer les peuples autochtones comme des «peuples» dans son discours international (p. 423 et note 114).
68. Voir, à titre d'exemple, le *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 47<sup>e</sup> session, suppl. 40, Doc. N.U. A/47/40, p. 43 (1992); il y est noté : «le droit à l'autodétermination ne s'appliquait pas seulement aux situations coloniales mais aussi à d'autres situations et que les peuples d'un territoire donné devaient pouvoir déterminer leur destin politique et économique» et on demandait à l'Iraq «des précisions sur les propositions visant à accorder une plus grande autonomie au Kurdistan iraquien». *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 46<sup>e</sup> session, suppl. Doc. N.U. A/46/40, p. 105 (1991); il est question de «l'autodétermination dans ses dimensions internes» à Panama, particulièrement en ce qui touche les élections et l'autorité du Parlement. *Ibid.*, p. 142; on y aborde «la composition ethnique et communautaire» et sur une éventuelle réforme électorale à Madagascar. Et *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Cpte rend. off. A.G. N.U., 45<sup>e</sup> session, suppl. 40, Doc. N.U. A/45/40, p. 122 (angl.)

- (1990) : politique du Zaïre concernant le régime d'apartheid en Afrique du Sud. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Observation générale No 12(21) (article premier)* reproduit dans United Nations, *Manual on Human Rights Reporting*, Doc. N.U. HR/PUB/91/1, pp. 82-82 (1991) : observation concernant la portée de l'article premier, et notamment son application à la propre population de l'État.
69. *Rapport du Comité des droits de l'homme* (1992), cité à la note 68, p. 101 (angl.).
70. *Troisième rapport périodique des États parties devant être présenté en 1990 : Colombie*, Doc. N.U. CCPR/C/64 Add.3, p. 9 (1991).
71. United States Department of State, *Civil and Political Rights in the United States: Initial Report of the United States of America to the U.N. Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights*, Publication 10200 du département d'État (1994), pp. 36 à 46.
72. *Rapport du Comité des droits de l'homme* (1991), cité à la note 68, pp. 22 à 25 (angl.). Autres exemples pertinents des propos du Comité concernant les rapports des pays au sujet de l'article 27 : *Rapport du Comité des droits de l'homme* (1990), cité à la note 68, p. 95 (angl.) : les élections et autres faits nouveaux au Nicaragua en ce qu'ils touchent les autochtones de la côte est du pays. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 48<sup>e</sup> session, suppl. n° 40, Doc. N.U. A/48/40 (partie I), pp. 66 à 67 (angl.) (1993) : mise en cause de certains aspects de la Constitution du Venezuela et des lois sur les droits fonciers et la survivance culturelle des collectivités autochtones; *Rapport du Comité des droits de l'homme* (1992), cité à la note 68, pp. 58 à 67 : analyse de l'organisation sociale et des droits fonciers des peuples autochtones de l'Amazonie équatorienne; *ibid.*, pp. 84-85 : analyse de la participation politique, des droits fonciers et de l'organisation autonome des communautés autochtones au Pérou). Voir aussi *Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme conformément au paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : Observation générale n° 23(50) (article 27)*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/ dd.5 (1994) : analyse de la portée de l'article 27 et de ses rapports avec d'autres articles du Pacte.

73. *Bernard Ominayak, Chef de la bande du lac Lubicon c. Canada*, Communication n° 167/1984, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Cpte rend. off. A.G.N.U., 45<sup>e</sup> session, suppl. n° 40, vol. II, p. 1 (angl.), Doc. N.U. A/45/40, annexe IX (A) (1990); Doc. N.U. CCPR/C/38/D/167/1984; (constatations adoptées le 26 mars 1990). L'affaire est abordée et analysée dans Dominic McGoldrick, «Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee», *International and Comparative Law* 40 (1991), p. 658.
74. *Ibid.* § 32.1.
75. Dans une autre affaire intéressant les Micmacs, le Comité a de même évité l'article premier et a pu parvenir à l'étape de l'instruction au fond en se reportant à une autre disposition du Pacte. La société tribale des Micmacs affirmait que le Canada avait violé son droit à l'autodétermination reconnu à l'article premier du Pacte en refusant de permettre à un représentant de la société de participer directement aux discussions sur la réforme de la Constitution canadienne. Déclinant de connaître de la demande fondée sur l'article premier pour motifs d'incompétence identiques à ceux invoqués dans l'affaire *Ominayac*, le Comité a cependant considéré comme recevable la demande des Micmacs en vertu de l'alinéa 25 a), lequel porte que tout citoyen a le droit «[d]e prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis». Sur le fond, le Comité a constaté que, «dans les circonstances de l'espèce», le Canada n'avait pas violé la disposition prévue au paragraphe 25 a). (*Société tribale micmaque c. Canada*, Communication n° 205/1986, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 47<sup>e</sup> session, suppl. n° 40, 203, à la p. 207; Doc. N.U. A/47/40, Annexe IX(A) (1992) : constatations établies le 4 novembre 1991). Le Comité a fait observer que, même si la société tribale des Micmacs elle-même n'avait pas eu le droit de participer directement au processus de réforme constitutionnelle, plusieurs associations autochtones nationales avaient été invitées à y participer à diverses étapes. Le Comité n'a pas affirmé que la démarche prévue pour la participation des autochtones aux pourparlers constitutionnels était la meilleure possible, étant donné les intérêts particuliers et légitimes des Micmacs et d'autres groupes autochtones distincts. Toutefois, selon le Comité, les circonstances précises de l'affaire ne constituaient pas une violation de l'alinéa 25 a), constatation qui était établie

indépendamment de toute protection que l'article premier pouvait accorder par ailleurs à des «peuples». Le Comité n'a pas traité de la pertinence de l'article 27 du Pacte.

76. Douglas Sanders énonce cet argument et explore la question plus à fond dans «Collective Rights», *Human Rights Quarterly* 13 (1991), p. 368.
77. Voir *Lovelace c. Canada*, Communication n° 24/1977, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 36<sup>e</sup> session, suppl. n° 40, à la p. 166 (angl.), Doc. N.U. A/36/40, Annexe XVIII (1981); Comité des dr. de l'h., *Sélection de décisions prises en vertu du Protocole facultatif*, N.U. New York (1988), Doc. N.U. CCPR/C/OP/1, pp. 86 et suiv. (constatations établies le 29 décembre 1977).
78. *Kitok c. Suède*, Communication n° 197/1985, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 43<sup>e</sup> session, suppl. n° 40, p. 207, Doc. N.U. A/43/40, Annexe VII (G) (1988) (constatations établies le 27 juillet 1988).
79. Voir, à titre d'exemple, *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 48<sup>e</sup> session, suppl. n° 18, Doc. N.U. A/48/18, pp. 40 à 43 (angl.) (1993) : le Comité évalue des programmes du gouvernement équatorien pour ce qui touche les autochtones et leurs langues, leurs terres, les avantages tirés de l'exploitation des ressources naturelles et la participation aux décisions gouvernementales; *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Cpte rend. off. A.G. N.U., 47<sup>e</sup> session, suppl. n° 18, Doc. N.U. A/47/18, pp. 38 à 44, 47 à 52, 59 à 62 (angl.) (1992) : le Comité traite d'un large éventail de questions touchant les peuples autochtones dans les comptes rendus présentés, respectivement, par le Costa Rica, le Bangladesh, la Colombie et le Chili; *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Cpte rend. off. N.U., 46<sup>e</sup> session, suppl. n° 18, Doc. N.U. A/46/18, p. 22 à 27, 46 à 53, 59 à 62, 62 à 90, 90 à 94 (1991) : une analyse semblable au sujet des rapports provenant, respectivement, de l'Argentine, du Canada, de la Suède, de l'Australie et du Mexique.
80. Voir, à titre d'exemple, *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* (1993), cité à la note 79, p. 40 § 132 : le Comité critique le rapport de l'Équateur concernant ses programmes de mise en valeur des richesses naturelles du fait que «ces programmes ne semblaient pas bénéficier directement

aux populations [autochtones] dont les terres étaient utilisées et il n'était pas fait mention dans le rapport des opinions de ces populations en la matière»; *ibid.*, p. 41 § 138 : le Comité demande au gouvernement de l'Équateur quelles avaient été les exigences des populations autochtones en 1990, en particulier concernant les terres; *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale* (1991), cité à la note 79, pp. 59 à 62 : le Comité s'étonne du fait que le gouvernement suédois n'ait pas donné dans son rapport plus d'informations sur les Samis.

## PARTIE II

81. Voir l'étude de James Anaya, en début de volume (page 9), pour une analyse détaillée à l'appui de ce postulat.
82. Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, cité à la note 66, ratifié par le Canada le 19 mai 1976; Pacte international sur les droits civils et politiques, cité à la note 38, ratifié par le Canada le 19 mai 1976.
83. Voir Brian Slattery, «The Paradoxes of National Self-Determination: Canada, Quebec, and Indigenous Peoples», article devant paraître en 1995 dans *Osgoode Hall Law Journal*.
84. Lénine, Quatrième Lettre de loin (25 mars 1917), citée dans Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford University Press, 1986, p. 131.
85. Pour une analyse utile à ce sujet, voir Cassese, cité à la note 84, pp. 132 à 134.
86. Cette formulation se retrouve également à l'article 55, dans le contexte des droits de l'homme.
87. Rés. A.G. 1514, citée à la note 18. La Déclaration a été adoptée à 89 voix contre zéro, avec neuf abstentions significatives : Portugal, Espagne, Afrique du Sud, Royaume-Uni, États-Unis, Australie, Belgique, République Dominicaine, la France. Le Canada a voté avec la majorité.
88. Voir également la Rés. A.G. 1541, citée à la note 18, pour de plus amples détails.
89. Cette ligne de pensée a été précisée et exprimée de façon plus décisive deux ans plus tard, dans la résolution adoptée par

l'Assemblée générale au sujet de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, A.G. N.U. 1803 (XVII) (1962).

90. Rés. A.G. 2625 (XXV).
91. Rosalyn Higgins, *Problems and Progress: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994, pp. 122-123; voir également ce que dit Higgins sur la délimitation des frontières de la Guinée-Bissau.
92. Higgins, citée à la note 91, p. 123.
93. Cassese, cité à la note 84, p. 134.
94. *C.I.J. Recueil 1975*.
95. Nous reviendrons plus tard sur certaines de ces questions, dans les parties portant sur le démantèlement de la Yougoslavie et de l'Union soviétique; l'importance de la reconnaissance diplomatique et de l'admission aux Nations Unies est un thème majeur de l'étude de Donat Pharand, plus loin dans ce volume.
96. Higgins, citée à la note 91, p. 128.
97. Pour une critique marquante, voir Howard Berman, «The International Labour Organisation and Indigenous Peoples: Revision of I.L.O Convention No. 107 at the 75th Session of the International Labour Conference», *The Review* 41 (1988), pp. 49-57.
98. Voir Frederick L. Kirgis, «The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era», *American Journal of International Law* 88 (1994), p. 304.
99. C'est ce que présument les auteurs d'un ouvrage extrêmement influent dans lequel est résumée la pratique récente : Morton H. Halperin et David J. Scheffer, *Self-Determination in the New World Order*, Washington (D.C.), Carnegie Endowment for International Peace, 1992.
100. Erica-Irene Dacs, «Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination», *Transnational Law and Contemporary Problems* 3 (1993), p. 9.

101. *Ibid.*, p. 10. Il convient de noter que Dalee Sambo adopte une approche semblable, en affirmant que les peuples indigènes et les États peuvent travailler ensemble pour mettre fin aux maux comme la colonisation, les violations des droits de la personne et les conditions déplorables qui sont le lot de la plupart des peuples indigènes du monde. Sambo, «Indigenous Peoples and International Standard-Setting Processes: Are State Governments Listening?», *Transnational Law and Contemporary Problems* 3 (1993), p. 47.
102. *Ibid.*; voir également la conclusion, p. 11, où l'on peut lire que, en l'absence d'une extension de la démocratie en ce sens, les peuples indigènes pourraient se retrouver poussés à une rébellion comme solution de dernier recours contre l'oppression.
103. Pour plus de détails sur les travaux de la Commission, voir la note de Maurizio Ragazzi en introduction des textes des avis rendus jusqu'ici, *International Legal Materials* 31 (1992), pp. 1488-1491.
104. Hurst Hannum, «Self-Determination, Yugoslavia, and Europe: Old Wine in New Bottles?», *Transnational Law and Contemporary Problems* 3 (1993), pp. 59-69.
105. Différend frontalier (*Burkina Faso v. Mali*), *C.I.J. Recueil 1986* (22 décembre), p. 565.
106. Voir la critique de Hannum, cité à la note 104, pp. 66-67; voir également Benedict Kingsbury, «Claims by Non-State Groups in International Law», *Cornell International Law Journal* 25 (1992), p. 481.
107. Rapport Pellet, cité à la note 67. L'étude a été commandée par la Commission, mais n'a pas été officiellement présentée aux commissaires par les auteurs.
108. Rapport Pellet, p. 379.
109. Les auteurs du rapport Pellet confirment eux-mêmes cette interprétation (p. 385) quand ils écrivent que les questions posées «se situent "en aval" de l'accession à l'indépendance. Cet événement est postulé et il s'agit de déterminer comment jouera le droit international après sa survenance.»
110. Rapport Pellet, p. 383.

- 111. Rapport Pellet, p. 404.
- 112. Rapport Pellet, p. 408.
- 113. Rapport Pellet, p. 417.
- 114. Rapport Pellet, pp. 423-424.
- 115. Rapport Pellet, p. 424.
- 116. Thomas M. Franck, «The Emerging Right of Democratic Governance», *American Journal of International Law* 86/1 (1992).
- 117. Rapport Pellet, cité à la note 67, p. 440.

PARTIE III

- 118. Reproduit dans Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 2 (1963), p. 15.
- 119. Affaire *Deutsche Kontinental Gas-Gesellschaft*, 1929, dans *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, vol. IX (1936), p. 336; cité dans C. Rousseau, *Traité de Droit international public* (1953), p. 299.
- 120. Whiteman, cité à la note 118, p. 8.
- 121. Whiteman, p. 16.
- 122. Whiteman, p. 17.
- 123. Reproduit dans *International Legal Materials [I.L.M.]* 31 (1992), p. 1487.
- 124. *I.L.M.* 31, p. 1489.
- 125. *I.L.M.* 31, p. 1495 [c'est nous qui soulignons].
- 126. *I.L.M.* 31, p. 1526. La Commission étend l'application de la doctrine de l'*uti possidetis* au-delà du contexte de la décolonisation. Pour une critique de cette démarche, voir ce qu'a écrit Richard Falk précédemment dans ce volume.
- 127. *I.L.M.* 31, p. 1526.

128. *I.L.M.* 29 (1990), pp. 1318-1320.
129. Les nouvelles tendances qui se font jour dans le droit international coutumier appuient cette position, comme l'explique Richard Falk dans son examen du droit distinct à l'autodétermination revendiqué par les peuples autochtones (précédemment dans ce volume). On trouvera dans le document de James Anaya, également dans le présent volume, une étude des nouvelles tendances et orientations qui se dessinent dans le droit international coutumier en général au sujet de certaines normes minimales régissant le comportement des États envers les peuples autochtones.
130. Voir *Projet de rapport* (1992), pp. 33-34.
131. Voir «Ceremony to alter Canada's course», *The Globe and Mail* (7 décembre 1994), p. A5.

#### PARTIE IV

132. Ce ministère s'appelle maintenant ministère des Affaires internationales, de l'Immigration et des Communautés culturelles.
133. Ivan Bernier, «ASIL/CCIL Joint Panel on the Conduct of International Relations in Federal States», *Proceedings of the American Society of International Law* (1991), pp. 133-134.
134. Parti québécois, *Le Québec dans un monde nouveau* (1993), pp. 76-78.
135. Le gouvernement du Québec a émis un décret dans lequel il se déclare favorable à ces deux accords commerciaux : l'ALE par le décret 944-88 du 15 juin 1988, et l'ALENA par le décret 985-94 du 6 juillet 1994.
136. Art. 8 de l'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec.
137. *C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 62.
138. *C.I.J. Recueil 1950*, pp. 7-8.
139. Charte des Nations Unies, art. 55 et 56.
140. Accord de libre-échange nord-américain (1992), art. 2204 § 1 [ci-après ALENA].

141. ALENA, art. 2204 § 2.
142. Voir «NAFTA gets fourth amigo», *The Globe and Mail* (12 décembre 1994), p. A1.
143. Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), art. 15 § c).
144. ALENA, Annexe II -- Canada, II-C-1 [c'est nous qui soulignons].
145. ALENA, Annexe II, II-M-9 et II-U-6.
146. Document de Copenhague, cité à la note 128; Charte de Paris, reproduite dans *I.L.M.* 30 (1991).
147. Déclaration et décisions du Sommet d'Helsinki, *I.L.M.* 31 (1992), p. 1395.
148. Art. 10, *Canadian Treaty Series*, n° 7, et Whiteman, *Digest of International Law*, volume 12 (1971), p. 859.
149. Voir Donat Pharand, «Canada and the OAS: The Vacant Chair Revisited», *Revue générale de droit* 17, p. 432.
150. Charte de Bogota, nouvel art. 8.
151. Charte de Bogota, art. 6.
152. Voir Pharand, cité à la note 149, pp. 449-453.
153. Voir Canada, *Les droits de la personne au Canada*, Rapport du Canada à la Commission interaméricaine des droits de l'homme (février 1992).

#### ANNEXE I

154. Conférence sur la Yougoslavie (Commission d'arbitrage), avis n° 1, reproduit dans *I.L.M.* 31 (1992), p. 1495.
155. Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de respect des traités, art. 5, paru dans *I.L.M.* 17 (1978), p. 1492 [c'est nous qui soulignons].
156. Convention de Vienne sur le droit des traités, citée à la note 143, art. 53.

157. Commission d'arbitrage, citée à la note 154, p. 1496. En plus de cet ensemble de lois, il y a lieu de souligner qu'il existe maintenant une plus grande disposition à accepter le principe de la mutualité dans la relation qui existe entre un État et les peuples autochtones relevant de lui.
158. Commission du droit international [ci-après CDI], *Annuaire*, volume II (1974), p. 9.
159. Les États-Unis ont fermé la base et remis le territoire au Canada le 27 septembre 1994.
160. Lord McNair, *The Law of Treaties* (1961), p. 601 [c'est nous qui soulignons].
161. McNair, cité à la note 160, p. 601, note 11 [c'est nous qui soulignons].
162. CDI, *Annuaire*, volume II (1972), pp. 42-43 [c'est nous qui soulignons].
163. CDI, *Annuaire*, volume II (1974), p. 72 [c'est nous qui soulignons].
164. Convention de Vienne, citée à la note 155, art. 34 § 1 [c'est nous qui soulignons].
165. Art. 34 § 2. Il est à noter que l'art. 34 s'applique toujours, que l'État prédécesseur continue ou non d'exister. L'autre disposition relative à la sécession (art. 35) n'a de pertinence que lorsque l'État prédécesseur continue d'exister; elle touche les traités qui continueront de s'y appliquer. Elle ne concerne pas du tout l'État successeur.
166. Maurice Arbour, *Droit international public* (1985), p. 319.
167. Statut de la Cour internationale de Justice, cité à la note 43.
168. *C.I.J. Recueil 1969*, p. 45 § 77 [c'est nous qui soulignons].
169. Voir *Recueil des ententes internationales du Québec 1984-1989* (1990), pp. 809, 833.
170. Il est question de la Convention n° 169 dans le document de James Anaya, au début du présent volume.

171. Voir Commission d'arbitrage, citée à la note 154, p. 1487.
172. On trouvera un point de vue semblable dans Rein Mullerson, «The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia», *International and Comparative Law Quarterly* 42 (1993), p. 490.
173. Voir *L'affaire des colons allemands*, C.P.J.I., [1923] série B, n° 6, p. 36.
174. Louis Henkin, «General Course on Public International Law», *Recueil des cours*, volume IV (1989), p. 234.
175. James Anaya partage cette opinion. Voir son document au début du présent volume.
176. On trouvera dans James Anaya, en début de volume, un examen de ces droits qui corrobore le point de vue formulé ici.

#### ANNEXE II

177. Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38 § 177.1(c). Il y a lieu de rappeler que le Statut de la Cour a d'abord été rédigé en 1920 et que cette clause, qui porte sur les sources applicables du droit, a été retenue sans modification au moment de la rédaction du nouveau statut en 1945.
178. Voir par exemple les affaires suivantes : *Chorzow Factory*, [1928] C.P.J.I., série A, n° 17, p. 29; *Temple de Preah Vihear*, C.I.J. Recueil 1962, p. 26; *Effets des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnités*, C.I.J. Recueil 1954, p. 53.
179. C.I.J. Recueil 1984, pp. 303-312 §§ 126-154, et p. 305 § 130.
180. *Ibid.* 1950, p. 128 [c'est nous qui soulignons].
181. Henry Reynolds, «La fonction gouvernementale aborigène en Australie», étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1993).
182. Bradford Morse, «Comparative Assessments of Indigenous Peoples in Quebec, Canada and Abroad», *Journal des débats de la Commission d'études sur toute offre d'un nouveau partenariat de nature constitutionnelle*, n° 20 (26 mars 1992), p. 331.

183. *Ibid.*, p. 332.
184. Traité de Waitangi, art. 1, reproduit dans Tipene O'Regan, «La fonction gouvernementale autochtone», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1994).
185. O'Regan, cité à la note 184, pp. 26, 29.
186. *Ibid.*, p. 27 [c'est nous qui soulignons].
187. *Ibid.*, p. 27 [c'est nous qui soulignons].
188. Morse, cité à la note 182, p. 324.
189. *Ibid.*, p. 316.
190. *Ibid.*, p. 317.
191. Cette section a été préparée par James Anaya.
192. Voir par exemple *Menominee Tribe v. United States*, 101 Ct. Cl. 10 (1944), loi de compétence spéciale permettant à la tribu d'intenter des poursuites pour mauvaise gestion des ressources en vertu des mêmes normes applicables à un fiduciaire particulier; *Seminole Nation v. United States*, 316 U.S. 286 (1942), poursuite contre les États-Unis pour non-respect des normes de fiducie dans le versement des paiements de rente en vertu de traités; *United States v. Mitchell*, 463 U.S. 206 (1983), poursuite pour obtenir une indemnité monétaire à la suite d'une violation des obligations fiduciaires découlant du système législatif. Voir en général Reid Chambers, «Judicial Enforcement of the Federal Trust Responsibility to Indians», *Stanford Law Review* 27 (1975), pp. 1213-1248. Voir aussi *Lincoln v. Vigil*, 113 S.Ct. 2024, 124 L.Ed. 2d 101 (1993), où la Cour a statué que la relation de fiducie ne limitait pas le pouvoir discrétionnaire qu'a l'Indian Health Service d'éliminer son programme pour les enfants indiens dans le sud-ouest des États-Unis en faveur d'un programme national.
193. Voir par exemple *United States v. Mitchell*, cité à la note 192, où les États-Unis ont été trouvés coupables de mauvaise gestion des ressources forestières et de non-respect de leur obligation de fiduciaire. La cour a jugé que cette obligation découle non pas

de l'énoncé de la loi, mais du contrôle considérable qu'exerce le gouvernement sur les terres appartenant aux Indiens.

194. Voir par exemple *McNabb v. Bowen*, 829 F.2d 787 (9th Cir. 1987), où la Cour a statué que le refus de l'Indian Health Service de payer des soins médicaux pour un enfant indien dont l'État assumait la responsabilité première était incompatible avec la doctrine de la fiducie et que l'intention du Congrès en vertu de l'*Indian Care Improvement Act* a été considérablement clarifiée par la théorie de la fiducie.
195. Message from the President of the United States transmitting recommendations for Indian Policy, H.R. Doc. No. 363, 91st Congress, 2nd Session (1970).
196. *Indian Self-Determination and Education Assistance Act of 1975*, 25 U.S.C.A., 450a-450n.
197. 25 U.S.C.A. 450f (modifié).
198. 25 U.S.C. 1451 et suivantes (1974).
199. *Indian Tribal Government Tax Status Act of 1982*, 96 Stat. 2607.
200. Getches *et al.*, *Federal Indian Law*, cité à la note 26, pp. 257-258.
201. 25 U.S.C.A. 1901-1963. Pour un résumé de la loi, voir Getches *et al.*, cité à la note 26, pp. 605-624. Cette loi accorde à la tribu indienne la compétence dans la plupart des procédures de garde d'enfants indiens, et exige, entre autres choses, qu'une préférence soit accordée à d'autres membres de la tribu de l'enfant en cas de placement d'un enfant dans une famille d'adoption.
202. Ces pratiques ont fait en sorte que de 1969 à 1974, environ 25 à 35 % des enfants indiens ont été séparés de leur famille. Manuel P. Guerrero, «The Indian Child Welfare Act of 1978», *American Indian Law Review* 7 (1979), extraits reproduits dans Getches *et al.*, cité à la note 26, pp. 606-607.
203. 26 U.S.C. 1902.
204. 25 U.S.C. 1901 (3) [c'est nous qui soulignons].
205. *Indian Health Care Improvement Act*, 25 U.S.C. 1901.

206. *American Indian Religious Freedom Act of 1978*, 42 U.S.C. 1996.
207. Voir *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439, 455 (1988).
208. President Ronald Reagan, Statement on Indian Policy, *Weekly Compilation of Presidential Documents* 19 (24 janvier 1983), p. 98.
209. *Native American Graves Protection and Repatriation Act*, 25 U.S.C. 3001 et suivantes. L'art. 3010 porte : [TRADUCTION] « Cette loi reflète la relation tout à fait particulière existant entre le gouvernement fédéral et les tribus indiennes et les organisations autochtones hawaïennes, et ne devrait pas être interprétée comme établissant un précédent relativement à toute personne physique, organisation ou gouvernement étranger. »
210. Karen Ball, *New York Daily News*, 30 avril 1994.
211. Louis Sahagun, « Tribal Leaders Meet, Voice Sovereignty Concerns », *Los Angeles Times*, 6 mai 1994.
212. Senate Concurrent Resolution 44, 103rd Congress, 1st Session (1993).
213. United States Department of State, *1993 Human Rights Practices*. Voir aussi Conference Report on H.R. 2295, recommandation du comité de la conférence chargé du H.R. 2295 (projet de loi prévoyant des crédits pour les opérations étrangères et les programmes connexes) selon laquelle le traitement des peuples autochtones devrait être évalué dans le rapport annuel du département d'État sur les droits de la personne.
214. *Greenland Home Rule Act*, n° 577, 29 novembre 1978, art. 1 et 6.
215. Voir Morse, cité à la note 182, pp. 319-320.
216. *Ibid.*, p. 337.
217. Cette observation et les suivantes figurent dans Morse, pp. 340-343.

ANNEXE III

218. Convention n° 169 de l'OIT, citée à la note 29.
219. Art. 19 § 7.
220. Voir la lettre du ministère de la Justice à celui du Travail, datée du 9 février 1990, telle qu'exigée par le décret C.P. 3252 en date du 5 juillet 1950.
221. Travail Canada, *Situation canadienne*, cité à la note 31, pp. 1-2.
222. *Ibid.*, p. 16.
223. *Ibid.*, cité à la note 31, p. 14.
224. Art. 14 [c'est nous qui soulignons].
225. Voir la Convention de Vienne, citée à la note 143, art. 26.
226. *Ibid.*, art. 8 § 1.
227. *Ibid.*, art. 9 § 1.
228. *Ibid.*, art. 9 § 2.
229. *Ibid.*, art. 10 § 2.
230. *Situation canadienne*, cité à la note 31, p. 15 [c'est nous qui soulignons].
231. *Ibid.*, p. 15.
232. *Ibid.*, art. 27 § 3.
233. *Ibid.*
234. *Ibid.*
235. Par exemple, la Convention définitive des Inuvialuit (1984) constitue un règlement des revendications territoriales fondé sur l'usage et l'occupation traditionnels dans l'Arctique de l'Ouest. Ce règlement porte sur des superficies considérables de glace marine. La région visée par cette entente comprend même une partie de la mer de Beaufort où les Inuit ont obtenu le droit exclusif de chasser certaines espèces fauniques comme l'ours polaire, et le droit préférentiel de capturer d'autres espèces. On

trouvera une analyse de la Convention dans Janet M. Keeping, *The Inuvialuit Final Agreement*, Institut canadien du droit des ressources, Université de Calgary, octobre 1989.

236. Voir *La réinstallation dans l'Extrême-Arctique : un rapport sur la réinstallation de 1953-1955*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1994, p. 174.
237. OIT, Révision partielle de la Convention concernant les peuples indigènes et tribaux, 1957 (n° 107), Rapport VI (2A), Genève, 1989, p. 9; citée dans le *Mémoire sur le statut et les droits des Cris de la baie James [...] présenté par le Grand Conseil des Cris (du Québec) à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies*, février 1992, p. 60.
238. Douglas Sanders, «L'élaboration d'un droit international moderne sur les droits des peuples autochtones», étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1994).
239. On trouvera une analyse plus détaillée de la déclaration dans le document de James Anaya en début de volume. Pour une étude exhaustive du droit des autochtones à l'autodétermination, voir le document de Richard Falk, également dans ce volume.

*Pour tous renseignements :*

**Commission royale sur les peuples autochtones**

C.P. 1993, succursale B

Ottawa (Ontario)

K1P 1B2

Téléphone : (613) 943-2075

Télécopieur : (613) 943-0304

ISBN 0-660-95105-3



9 780660 951058