

**LES DIMENSIONS NORMATIVES DU DROIT DES
AUTOCHTONES À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE**

par Patrick Macklem

Table des matières

SOMMAIRE	2
INTRODUCTION.....	4
MÉTHODOLOGIE.....	5
OCCUPATION ANTÉRIEURE	10
SOUVERAINETÉ ANTÉRIEURE.....	14
TRAITÉS	19
AUTODÉTERMINATION	26
PRÉSERVATION DE LA CULTURE MINORITAIRE.....	35
VERS UNE SYNTHÈSE NORMATIVE	41
CONCLUSION.....	45
NOTES.....	46

SOMMAIRE

Le présent document constitue une analyse critique des cinq justifications invoquées à l'appui du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale : l'occupation antérieure, la souveraineté antérieure, les traités, l'autodétermination et la préservation de la culture minoritaire. Il met en garde contre le recours exclusif au droit positif pour justifier la reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale tout en reconnaissant les limites d'un argument normatif, étant donné que la philosophie sociale ne cesse d'évoluer. L'étude soutient que chacune des perspectives exprime des vérités uniques sur la nature des droits ancestraux, mais que l'on ne peut s'appuyer sur aucune d'elles à l'exclusion des autres, car on risquerait de ne pas bien saisir l'importance des droits ancestraux en général, et du droit à l'autonomie gouvernementale en particulier.

La revendication de l'occupation antérieure, autrement dit le fait que les peuples autochtones vivaient et occupaient le continent nord-américain avant l'arrivée des Européens, justifie certains aspects du pouvoir accordé, mais elle perd sa force quand il s'agit de justifier le pouvoir gouvernemental des autochtones, lorsqu'il n'est pas directement lié à l'utilisation des terres. La revendication de la souveraineté antérieure, autrement dit le fait que les peuples autochtones aient été souverains sur leur territoire et sur ses habitants avant l'arrivée des Européens, revêt un caractère crucial pour l'autonomie gouvernementale des autochtones. Cette idée dépasse la simple rétrospective historique. Les traités conclus par les premières nations et la Couronne montrent qu'elles étaient considérées par comme des entités autonomes par celle-ci, mais tous les autochtones ne sont pas visés par des traités, et le texte même de certains traités ne montre pas nettement qu'il existait un pouvoir autochtone. Le droit à

l'autodétermination, c'est-à-dire le droit d'un peuple de décider de son autonomie gouvernementale, est aussi au coeur du droit à l'autonomie; il est toutefois difficile de l'invoquer pour justifier le maintien de la participation autochtone aux institutions politiques canadiennes. La protection de la culture minoritaire, autre justification souvent apportée à l'appui de l'autonomie gouvernementale des autochtones, est sûrement l'un des objets de ce droit, quoique à de nombreux égards, les peuples autochtones soient différents des autres minorités culturelles ou raciales du Canada.

Le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale revêt donc des dimensions normatives complexes. Appuyé par un certain nombre de justifications normatives distinctes mais communes, ce droit se défend mieux par une combinaison d'arguments, chacun appuyant une dimension différente de la nature du droit. Un tel point de vue permet de faire échec aux critiques fondées sur le caractère incertain de la pensée normative en refusant consciemment d'ancrer le droit à l'autonomie gouvernementale dans un principe normatif unique. La présente étude soutient que la Commission royale devra envisager différents arguments qui se retrouvent dans les principes d'égalité lorsqu'elle défendra des recommandations éventuelles sur ce sujet.

LES DIMENSIONS NORMATIVES DU DROIT DES AUTOCHTONES À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

PAR PATRICK MACKLEM

INTRODUCTION

Dans la présente étude, j'ai souhaité examiner les fondements philosophiques du droit à l'autonomie gouvernementale afin d'aider à établir s'il s'agit d'un droit des peuples, des traités, des indigènes, des nations, des races ou des ethnies, ou encore d'un droit à l'occupation de la terre ou d'un droit politique¹. Les fondements philosophiques du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sont fortement liés à une justification normative². Quelles sont les justifications normatives du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale? Pourquoi les citoyens canadiens et les institutions canadiennes devraient-ils reconnaître un tel droit aux autochtones? Les Canadiens méritent des réponses à toutes ces questions. C'est pourquoi je présente, analyse et évalue cinq arguments à l'appui du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale : l'occupation antérieure, la souveraineté antérieure, les traités, l'autodétermination et la préservation de la culture minoritaire. À mon avis, chacune des optiques exprime des vérités singulières sur la nature des droits ancestraux et le fait de s'appuyer sur une perspective à l'exclusion des autres ne rend pas totalement justice à l'importance des droits ancestraux en général, et aux droits à l'autonomie gouvernementale en particulier. Je soutiens que la Commission devrait examiner une pluralité d'arguments inscrits dans des principes d'égalité lorsqu'elle aura à défendre ses recommandations.

En plus d'examiner les points forts et les points faibles de plusieurs justifications du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, je verrai dans quelle mesure ces justifications s'écartent des valeurs

politiques libérales et démocratiques de l'Occident. Autrement dit, je voudrais voir comment les principes qui soutiennent le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sont liés à des traditions non autochtones de gouvernement³. La théorie politique démocratique libérale, en général, est hostile aux droits qui distinguent les individus d'après des caractéristiques raciales ou culturelles. Je montrerai comment au moins certains des principes ci-dessus qui sous-tendent le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sont plus compatibles qu'il ne semble avec la théorie politique libérale et démocratique.

MÉTHODOLOGIE

La justification normative des droits fait en général référence aux sources juridiques, et les justifications normatives d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne sont pas différentes à cet égard. Comme le droit et la moralité sont profondément liés dans les questions touchant la nature des droits, il est facile de tomber dans un mode de justification qu'on a pu appeler le «positivisme juridique», selon lequel les droits sont simplement le produit de mesures législatives ou judiciaires positives⁴. Le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale peut, par exemple, être justifié comme l'expression d'un droit général international à l'autodétermination⁵ ou en référence au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à la jurisprudence sur les «droits existants — ancestraux ou issus de traités⁶». Une justification positiviste d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale s'appuierait seulement sur des sources juridiques internationales ou nationales pour être reconnue, sans chercher à fournir des motifs philosophiques ou normatifs pour justifier la reconnaissance de ce droit.

Les inconvénients du positivisme à cet égard sont triples. Tout d'abord, les justifications positivistes des droits occultent, mais sans les

éliminer, les préoccupations normatives ou philosophiques. Dans la justification positiviste des droits, les préoccupations normatives réapparaissent invariablement, mais sont rarement traitées en relation avec la source de droit invoquée comme le fondement du droit examiné. Si un droit international à l'autodétermination est considéré comme la source juridique d'un tel droit des autochtones, par exemple, les préoccupations normatives qui entourent le droit des autochtones à cet égard tendent à réapparaître en rapport avec ce droit. On peut se demander pourquoi les peuples *devraient* avoir le droit à l'autodétermination? La justification positiviste prend trop souvent la forme d'une pétition de principe; le droit est justifié par le fait que c'est le droit.

Deuxièmement, les justifications positivistes des droits tendent à assumer un degré de déterminisme juridique qui, à bien des égards, n'existe pas⁷. L'indéterminisme juridique, dans ce contexte, existe à la fois en relation avec le choix de la norme juridique applicable ou en relation avec la norme juridique choisie. Dans le premier cas, le droit international, par exemple, appuie et limite le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit que «les personnes appartenant à ces minorités [ethniques] ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle⁸» tandis que la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît que «tous sont égaux devant la loi⁹». Une évaluation positiviste du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sera déterminée par le fait que l'on s'appuie sur l'article 27 de la Déclaration universelle, et la loi n'offre que très peu de justification pour ce choix. En outre, la norme juridique choisie pour guider l'examen se révèle souvent comme un principe hautement abstrait qui pourrait être utilisé de façon logique pour appuyer *et* critiquer la proposition particulière à l'étude. Un droit international à

l'autodétermination existe-t-il, par exemple, pour les Canadiens ou pour les peuples autochtones qui habitent le Canada? Les normes juridiques abstraites sont souvent en fin de compte des lieux d'interprétation contestés, et les positions normatives sont nécessaires pour les rendre utiles dans des circonstances particulières.

Troisièmement, les raisonnements positivistes nous enferment souvent dans un système où le droit en cause n'existe pas ou ne devrait pas exister, s'il ne peut pas être justifié en référence à des sources de droit. Par exemple, le droit international en matière d'autodétermination n'englobe pas encore de façon ouverte son application aux peuples indigènes¹⁰. Vu l'hésitation apparente du droit international à étendre le droit à ces peuples, on est tenté de conclure que le discours sur l'autodétermination est d'importance secondaire. S'il existe peu de sources de droit, voire aucune, pour appuyer la reconnaissance d'un droit, une insistance induite sur les raisonnements positivistes pourrait mettre fin de façon prématurée à l'enquête. Dans un tel cas, le positivisme tend à avoir un effet modérateur sur les études en matière de fondement des droits et occulte le fait qu'il ne s'agit pas de se demander si le droit reconnaît le droit en question, mais plutôt si le droit devrait le reconnaître.

Néanmoins, le droit a une incidence très grande sur la formation et la conceptualisation du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, et il renferme un certain nombre de justifications à l'appui de cette reconnaissance. Il est pratiquement inévitable de se référer aux sources du droit lorsqu'on évalue les perspectives normatives et philosophiques relatives à ce droit. La présente étude fait largement référence aux sources de droit, bien qu'elle cherche à éviter les écueils du positivisme en ne considérant pas l'appui juridique comme une condition nécessaire ou suffisante à l'existence du droit.

Après avoir jeté des éléments de doute sur le positivisme juridique, je dois aussi exprimer mes réserves dès le départ quant à la capacité de la pensée normative ou philosophique d'offrir des fondements sûrs aux droits. À une époque marquée par la dénonciation vigoureuse du raisonnement abstrait et une aversion profonde envers tout projet qui vise à l'émancipation universelle des hommes par la mobilisation des pouvoirs de la raison¹¹, toute tentative visant à expliquer, ancrer, garantir, justifier, rationaliser, ou simplement exposer, la nature des droits est immédiatement l'objet de critiques fondées sur le caractère contingent de l'entreprise. Des théories jadis considérées comme des fondements normatifs qui transcendaient les différences culturelles sont de plus en plus considérées comme de nature locale, temporelle et ancrées dans la convention et l'histoire¹².

Face aux revendications qui font valoir la nature purement contingente de la vie postmoderne, il est tentant de considérer la contingence même comme une source de justification des droits. Toutefois, les tentatives d'ancrage des droits dans cette contingence, afin de protéger, par exemple, la différence culturelle, ne sont pas à l'abri des critiques. La différence culturelle, en tant que fondement d'une théorie des droits, est tout aussi suspecte comme source du droit que toute théorie qui a des prétentions universelles, non seulement à cause du fait que le bénéficiaire allégué, la culture même, n'est pas un objet monolithique qui peut être préservé grâce à l'imposition d'un réseau juridique de droits et d'obligations, mais aussi parce que la culture est un tissu actif d'allégeances diverses qui se recourent constamment et résistent à tout effort de définition juridique¹³. Il suffit de citer les débats sur le sexe et l'indigénéité en relation avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et les efforts récents de réforme constitutionnelle¹⁴.

Ni l'indéterminisme juridique ni le caractère contingent de la vie moderne n'empêche une justification normative. En fait, l'acceptation de l'indéterminisme et de la contingence peut avoir un effet libérateur sur la pensée normative. Ce que l'on estimait jadis comme fixe et immuable est maintenant ouvert à la critique, à la transformation et à la réforme. Néanmoins, les justifications normatives qui prennent le caractère indéterminé et contingent au sérieux sont nécessairement des tentatives incomplètes. Au lieu de fournir des fondements a-historiques, a-culturels et universels aux droits, ces justifications recourent à des motifs normatifs pour persuader les gens de reconnaître que certains intérêts sont plus importants que les autres et, dans le cas d'un droit autochtone à l'autonomie gouvernementale, de reconnaître que certains intérêts méritent d'être rangés parmi les droits constitutionnels.

Nous chercherons ici à proposer, de façon directe et dans des termes normatifs, plusieurs justifications d'un droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones. Chaque justification a une revendication morale qui signifie, selon nous, que l'on produit un motif normatif pour reconnaître un droit à l'autonomie gouvernementale. Chacune des justifications a un attrait différent. Certaines ne se résument qu'à un sens intuitif de l'équité, tandis que d'autres font appel à des valeurs plus profondes et censément contestées, comme l'égalité et la liberté contractuelle. Ce qu'elles ont toutes en commun, du moins nous le souhaitons, c'est un certain degré d'acceptation tant par les autochtones que par les non-autochtones. Face à la contingence, la seule chose que nous puissions revendiquer est, dans une certaine mesure, un objectif commun¹⁵.

OCCUPATION ANTÉRIEURE

La théorie qui est peut-être la plus courante en ce qui concerne les droits ancestraux en général consiste à dire que les peuples autochtones ont de tels droits parce qu'ils vivaient sur certaines parties du continent américain et les occupaient avant l'arrivée des Européens. L'argument fondé sur l'occupation antérieure constitue une conception relativement directe de l'équité qui laisse entendre, toutes autres choses étant égales par ailleurs, que l'occupant antérieur du territoire possède un droit plus valable sur ce territoire que les personnes qui y sont arrivées par la suite¹⁶. Les arguments fondés sur l'occupation antérieure sont assez courants dans les justifications doctrinales des droits ancestraux sur le territoire. La common law du titre ancestral est largement influencée par le fait que les peuples autochtones occupaient le continent de «temps immémorial¹⁷». La common law reconnaît que les peuples autochtones jouissent de droits d'usufruit en common law pour utiliser et jouir des terrains s'ils peuvent démontrer «qu'eux et leurs ancêtres doivent avoir été membres d'une société organisée qui occupait le territoire précis sur lequel sont exercés des droits, à l'exclusion de toute autre société organisée, à l'époque où l'Angleterre imposa sa Souveraineté¹⁸».

Le discours qui porte sur les droits ancestraux a commencé récemment à dériver d'une insistance sur les droits de propriété vers une préoccupation davantage liée au droit de se gouverner. Bien que le droit du premier occupant soit, en général, cité comme fondement au titre ancestral en common law, la revendication de première occupation peut être, et elle l'a été, étirée pour justifier, non seulement des différences dans les droits de propriété, mais aussi certains aspects de l'autonomie. L'occupation antérieure, autrement dit, peut aussi servir à appuyer des arguments sur le

droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, du moins en relation avec des décisions sur l'utilisation des terres et des ressources¹⁹.

Cet argument de l'occupation antérieure présente un avantage dans ce contexte en ce qu'il offre une valeur normative tant pour les autochtones que pour les non-autochtones. Il est conforme à une conception philosophique et juridique relativement directe et non autochtone qui consiste à détenir légitimement un territoire, plus précisément, toutes choses étant égales par ailleurs, que les premiers occupants des terrains ont un droit beaucoup plus valide d'utilisation et de jouissance des biens que les nouveaux arrivants²⁰. Jean-Jacques Rousseau, par exemple, a retracé les origines du droit de propriété jusqu'au «premier occupant²¹». De la même manière, sir William Blackstone, dans ses *Commentaries on the Laws of England*, a écrit [TRADUCTION] «l'occupation est la chose par laquelle le titre a en fait été obtenu à l'origine; un homme prend possession pour son usage permanent des parcelles de terrains qu'il juge les plus agréables pour sa propre convenance, à condition qu'elles ne soient pas occupées valablement par quelqu'un d'autre²²». Plus récemment, le philosophe libertaire Robert Nozick a échafaudé une théorie de la justice fondée sur les droits de propriété. À son avis, l'action de l'État qui ne respecte pas les acquisitions justes ou les transferts de propriété est, en soi, injuste²³.

Les revendications d'occupation antérieure ont aussi une résonance et un aspect particuliers pour les peuples autochtones, dans la mesure où l'utilisation et la jouissance du terrain par des autochtones sont souvent dotées, dans leur esprit, d'une dimension spirituelle profonde. Les peuples autochtones font souvent référence à une conception unique de la terre selon laquelle cette dernière n'est pas considérée comme un simple bien mais plutôt comme quelque chose avec quoi les peuples autochtones ont

des liens spirituels, ce dont atteste le puissant témoignage donné par les chefs gitksan, en 1884, sur la conception autochtone de la terre :

[TRADUCTION] Pour nous, ce district ressemble à un animal, et notre village qui s'y trouve, à son coeur. Lorne Creek, qui est presque à l'extrémité de celui-ci, pourrait être assimilé au pied de l'animal. Nous savons que l'animal peut vivre sans un pied et même sans ses deux pieds. Mais nous savons aussi que chacune de ces pertes le rend plus démuné et nous ne souhaitons pas rester inactifs, à moins que nous soyons presque inactifs ou tout à fait inactifs²⁴.

Comme l'a dit, de façon succincte, le chef James Gosnell dans sa déclaration à la conférence des premiers ministres de 1983 sur les questions constitutionnelles autochtones :

[TRADUCTION] Nous avons toujours cru [...] que, lorsque Dieu a créé la terre entière, il a donné des parcelles de terres à toutes les races dans le monde, le peuple chinois, allemand, etc., y compris aux Indiens. De telle sorte qu'à un certain moment, notre territoire s'étendait sur tout ce continent, depuis la pointe extrême de l'Amérique du Sud jusqu'au Pôle Nord [...]

Nous avons toujours cru que Dieu nous avait donné cette terre [...] et nous déclarons que personne ne peut nous la reprendre, sauf Celui qui nous l'a donnée à l'origine²⁵.

De la même manière, Oren Lyons a déclaré :

[TRADUCTION] Qu'est-ce que les droits ancestraux? C'est la loi du Créateur et c'est pourquoi nous sommes ici; il nous a placés sur cette terre. Il n'y a pas mis les Blancs; il nous y a mis avec nos familles, et par cela je veux dire les ours, les rennes et les autres animaux. Nous sommes le peuple autochtone, et nous avons le droit de préserver la vie sur cette terre. Nous partageons la terre entre nous, non seulement tous les hommes mais aussi avec les animaux et tout ce qui vit sur notre terre. Elle est notre responsabilité. Chaque génération doit assumer sa responsabilité en vertu de la loi du Créateur. Nos ancêtres ont fait leur devoir et, maintenant, nous devons faire le nôtre. Les droits ancestraux signifient la responsabilité autochtone, et nous avons été placés ici pour l'assumer²⁶.

La justification du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, en référence au fait que les peuples autochtones vivaient sur des parties du continent qu'ils occupaient avant l'arrivée des Européens, se rapproche beaucoup des expériences subjectives de bon nombre de peuples autochtones en ce qui concerne la terre.

Le deuxième avantage qu'il y a à ancrer le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale par renvoi à l'occupation antérieure provient du fait que ce raisonnement correspond au cadre juridique dominant qui entoure l'affirmation des droits ancestraux au Canada. La jurisprudence sur le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* indique que les pratiques aborigènes «intégrales» à la définition de la collectivité autochtone qui n'étaient pas éteintes par la loi avant 1982, peuvent être confirmées en tant que droits constitutionnels²⁷. De là à protéger un droit de pêche, par exemple, en tant qu'accessoire au titre ancestral, il n'y a qu'un pas, et il en va de même pour la protection des droits sur les lieux et saisons de pêche, et le droit de pêcher. Cette dernière série d'activités protégées fait intervenir des éléments de compétence sur le territoire et les personnes, et peut donc être considérée comme accessoire à un droit plus général d'autonomie gouvernementale des autochtones. Une revendication d'occupation antérieure à l'appui d'un droit autochtone à l'autonomie gouvernementale offre, autrement dit, l'avantage de se conformer de façon étroite au mode juridique traditionnel de conceptualisation des droits ancestraux.

La valeur de l'occupation antérieure du territoire comme justification commence toutefois à s'effriter une fois que le droit à l'autodétermination est affirmé dans des contextes autres que ceux de l'utilisation du territoire. L'occupation antérieure du territoire peut justifier de reconnaître un certain pouvoir de contrôle sur la manière dont le territoire est utilisé et par qui, contrôle qui pourrait être considéré comme

des manifestations d'un droit à l'autonomie gouvernementale. On ne voit toutefois pas très bien pourquoi ou comment l'occupation antérieure du territoire justifierait, par exemple, le pouvoir des autochtones de réglementer les agressions contre personne. Il faudrait un argument plus valable que l'occupation antérieure pour donner un soutien normatif à la différence de traitement des personnes, fondée sur une différence indigène qui découle du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Le fait d'appuyer un droit général des autochtones à l'autonomie gouvernementale, en référence à des revendications d'occupation antérieure du territoire, même s'il est conforme à la conception traditionnelle du titre ancestral en droit canadien, ne justifie que certains types de pouvoir autochtone.

SOUVERAINETÉ ANTÉRIEURE

La théorie de l'occupation antérieure revient parfois à invoquer la souveraineté antérieure. De façon plus particulière, les autochtones devraient avoir le droit d'exercer le contrôle sur leur territoire et leur peuple, du fait qu'ils exerçaient un pouvoir souverain sur ceux-ci avant l'arrivée des Européens. Selon les termes de Georges Erasmus et de Joe Sanders, [TRADUCTION] «c'est chose attestée dans l'histoire qu'avant l'arrivée des Européens [...] les Premières nations possédaient et exerçaient une souveraineté absolue sur ce qui s'appelle maintenant le continent nord-américain²⁸». La revendication de souveraineté antérieure suppose que la souveraineté autochtone inhérente ne devrait pas être considérée comme abandonnée ou éteinte par l'établissement d'États-nations de type occidental, ou par des traités avec la Couronne. En revanche, la souveraineté autochtone préexistante devrait être reconnue sous forme de droit autochtone à l'autonomie gouvernementale au sein de la fédération canadienne. Dans ce contexte, le droit à l'autonomie gouvernementale

correspond à un certain compromis entre le désir idéaliste de remonter le temps pour préserver la souveraineté autochtone de façon intégrale par rapport à l'État canadien, et une acceptation résignée de l'assimilation des autochtones. La reconnaissance d'un droit à l'autonomie gouvernementale permettrait de restaurer, du moins en partie, l'autorité souveraine des peuples autochtones qui existait avant l'arrivée des Européens. Les nations autochtones auraient donc une certaine compétence sur des questions qui sont fondamentales pour leur originalité indigène, tout en participant aux institutions politiques canadiennes et en y étant représentées.

La force normative qui motive une revendication de souveraineté antérieure tient à sa critique implicite du caractère légitime des affirmations de souveraineté par les Britanniques et les Français sur les peuples autochtones. Les principes de droit international qui régissaient les revendications de souveraineté au moment de l'arrivée des Européens reconnaissent l'affirmation de la souveraineté en cas de conquête et, dans le cas des peuples indigènes, de sédentarisation. En critiquant la légitimité des principes juridiques de la conquête dans ce contexte, on arrive à soutenir que les nations indiennes n'ont pas été conquises, qu'elles n'auraient pas dû être conquises et que la conquête ne devrait pas entraîner la fin de la souveraineté préexistante des autochtones. La critique de la légitimité des principes de colonisation revient à dire que la colonisation de l'Amérique du Nord n'aurait pas dû, en soi, conduire à la disparition de toute souveraineté antérieure des autochtones. Bien que la souveraineté britannique ait peut-être dû s'appliquer vis-à-vis des colons sur le continent et les régir, il n'y avait pas de raison valable de l'appliquer du même coup aux nations autochtones, en excluant les modes autochtones de gouvernement.

Il existe des motifs juridiques qui permettent au droit international de tolérer l'affirmation de la souveraineté des Français et des Britanniques

sur les peuples autochtones, et d'autoriser, en apparence, la dénégation d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Toutefois, ces motifs juridiques peuvent être l'objet d'un examen normatif et devraient l'être. Comme on le sait bien, au moment de l'arrivée des Européens, d'après la doctrine des découvertes, le droit international considérait les nations autochtones comme inférieures aux nations européennes et ne reconnaissait donc pas la souveraineté des autochtones en Amérique du Nord. En conséquence, la simple colonisation, par opposition à la conquête ou au traité, a été suffisante pour affirmer la souveraineté sur les peuples autochtones du continent²⁹. Comme on le sait aussi très bien, la justification offerte par le droit international à l'appui de cette conclusion reposait sur des prémisses racistes et, en conséquence, il est inacceptable sur le plan normatif, d'après des normes tant autochtones que non autochtones, de se servir de ce motif pour refuser l'autonomie gouvernementale aux peuples autochtones.

En ancrant le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale dans le principe de la souveraineté antérieure des indigènes, on peut donc faire une analogie avec le Québec. Après la conquête par les Français, les droits et les institutions du Québec, en fait le droit à l'autonomie gouvernementale, sont restés en vigueur jusqu'à ce qu'ils soient expressément révoqués par le Parlement britannique. La reconnaissance de la souveraineté antérieure a entraîné un traitement de la population d'origine française et continue à le faire au Canada. Il est vrai que la souveraineté britannique sur le Québec a été acquise par la conquête, tandis que la souveraineté britannique et française sur les peuples autochtones, en vertu du droit international, ne l'a été que par le simple fait de l'établissement. Toutefois, on aurait pu croire que la reconnaissance de la souveraineté antérieure était plus importante sur le plan normatif, avait plus de force en cas de colonisation qu'en cas de conquête. Néanmoins,

même si l'on tient compte de certaines différences de principe entre la conquête et la colonisation, la manière dont les Britanniques et les Canadiens ont traité le Québec révèle que la reconnaissance permanente de la souveraineté antérieure d'une colonie ou d'une nation n'est pas étrangère aux principes politiques fondamentaux de l'État canadien.

Il existe plusieurs inconvénients à l'insistance sur la souveraineté antérieure dans une défense normative du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Bien que l'affirmation de la souveraineté européenne sur les peuples autochtones ait été clairement fondée sur des hypothèses racistes à propos des différences indigènes, peut-on dire que l'affirmation de la souveraineté des Canadiens sur les autochtones soit de nos jours fondée sur des principes racistes? C'est-à-dire que l'affirmation de la souveraineté par une nation sur une autre n'est pas en soi illégitime sur le plan normatif; sa légitimité dépend des justifications qui peuvent être invoquées pour sa défense. Parmi celles-ci figurera, sans aucun doute, le motif historique effectif de l'affirmation initiale de la souveraineté; cependant, d'autres motifs, qui ne sont pas liés à la justification historique, peuvent se manifester avec le temps pour appuyer de façon indépendante l'affirmation de souveraineté. Le fait de démontrer la faillite morale de la justification historique ne mettra peut-être pas fin à l'enquête.

Par exemple, il se peut que, quels que soient les motifs historiques qui justifient son existence, il n'y ait pas de raisons pragmatiques pour continuer à respecter l'autorité de l'État canadien sur les peuples autochtones. Le juge en chef John Marshall de la Cour suprême des États-Unis, parlant de la doctrine de la découverte, a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] «si le principe avait été affirmé au départ, et soutenu par la suite; si un pays avait été acquis et maintenu en vertu de ce principe; si les biens de la grande masse de la collectivité en provenaient, cela devenait le droit du pays et ne pourrait pas être remis en cause³⁰». Un argument qui

remonte dans le temps pour corriger les erreurs du passé tend à perdre sa force normative à la longue. Les droits valables, tant des autochtones que des non-autochtones, qui découlent de l'affirmation de la souveraineté sur les peuples autochtones méritent sans doute d'être protégés par le biais du respect de la souveraineté canadienne et de la législation connexe, bien que les justifications initiales de l'affirmation de la souveraineté soient elles-mêmes suspectes.

Une telle attitude pragmatique marque la réticence du droit international à se demander si les frontières des États existants sont légitimes. Selon les termes de James Anaya, il existe :

[TRADUCTION] une tendance normative dans le processus de droit international, à favoriser la *stabilité par le biais du pragmatisme* par rapport à l'instabilité, même aux dépens du principe traditionnel. D'après des sociologues, il existerait aujourd'hui environ 5 000 groupements ethniques ou nationaux distincts dans le monde, et chacun de ces groupes se définirait, en grande partie, par référence à son histoire. Ce chiffre pâlit par rapport au nombre d'États indépendants qui existent dans le monde, soit environ 176. En outre, sur les nombreux groupements culturels qui n'ont pas d'État et qui ont été privés de quelque chose d'équivalent à la souveraineté à un certain moment de leur histoire, bon nombre ont aussi, de la même manière, privé d'autres groupes de leur autonomie à un certain moment. Si le droit international devait embrasser intégralement toutes les revendications ethniques d'autonomie, sur la base de la souveraineté historique, le nombre de contestations potentielles des frontières actuelles des États, ainsi que l'incertitude qu'il y aurait vraisemblablement à l'affirmation de revendications concurrentes de souveraineté avec le temps, pourraient mettre le système international dans un état de fluidité juridique et faire du droit international un agent d'instabilité au lieu d'un agent de stabilité³¹.

L'objection ci-dessus peut être contrée en disant que la reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne doit pas signifier le rejet total de la souveraineté canadienne sur les autochtones. La reconnaissance d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est mue par le désir de reconnaître la souveraineté

inhérente des autochtones à *la lumière* de l'existence de l'État canadien. Les intérêts qui sont nés avec l'établissement des lois et des institutions canadiennes ne sont pas automatiquement menacés par la reconnaissance d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Que ces droits soient menacés dépendra de la portée du droit, qui sera à son tour défini vraisemblablement par une évaluation ouverte, et de fait pragmatique, de tous les intérêts pertinents en cause.

Toutefois, l'autre inconvénient à se fonder sur une revendication de souveraineté antérieure à l'appui de la reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, est qu'elle semble incomplète. Autrement dit, le fait que les Européens aient affirmé leur souveraineté avec des justifications racistes ne justifie pas, à lui seul, que le Canada reconnaisse le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Une revendication à la souveraineté antérieure tend à diluer les autres motifs qui sont appuyés par un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ces objectifs incluent la protection de la différence culturelle des autochtones et l'amélioration de leur situation désavantagée. Il est clair que toute défense normative d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale renverra et devrait renvoyer à la souveraineté autochtone antérieure. Toutefois, ce droit des autochtones signifie plus que la restauration partielle de leur souveraineté, telle qu'elle était antérieurement, et une défense normative complète de ce droit devrait en témoigner.

TRAITÉS

Les traités intervenus entre la Couronne ou les autorités coloniales et les nations autochtones sont souvent avancés pour justifier la reconnaissance d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Les peuples autochtones ont fait savoir dès le départ qu'ils étaient distincts et

autonomes par des négociations collectives sur les termes de la colonisation et l'expansion des non-autochtones sur le continent. Selon les termes de Francis Bruno, un ancien qui faisait un commentaire sur le Traité 8, [TRADUCTION] «comme je le comprends, nous devons partager les terres avec d'autres personnes qui étaient les Blancs. C'était l'objectif du traité, je pense, puisqu'il devait y avoir davantage de Blancs, pour partager la terre avec eux³².» Une perspective fondée sur le traité en faveur du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale fait valoir que la relation entre les nations autochtones et le Canada devrait être fondée sur le processus de conclusion de traités qui reconnaissait les droits à l'autonomie gouvernementale, au nom des peuples autochtones, et une relation d'égalité et de respect mutuel entre les nations autochtones et la Couronne.

Ce point de vue est celui de Robert Clinton, qui soutient que les nations autochtones situées aux États-Unis ont le droit de revendiquer certains droits collectifs en tant que groupes, en vertu de promesses faites par le gouvernement des États-Unis de leur donner l'autonomie politique³³. Clinton cherche notamment à prouver que les droits des nations indiennes, [TRADUCTION] «tout en semblant initialement étrangers au droit anglo-américain, peuvent avoir plus de points communs avec les doctrines juridiques occidentales existantes [...] que ce que l'on croit à première vue³⁴». Voici ce qu'il écrit :

[TRADUCTION] Les tribus indiennes et autres peuples indigènes ont aussi des revendications légitimes à des droits collectifs. Aux États-Unis, par exemple, les tribus des États du Sud ont cédé de grandes portions de leur territoire en échange de promesses explicites de traité. Ces traités, faits sous l'autorité solennelle des États-Unis, promettaient que les tribus s'en iraient dans une zone qui échappe à l'autorité de l'État ou à l'autorité fédérale et, qu'une fois qu'elles y seraient, elles s'autogouverneraient exclusivement d'après leurs propres lois et ne seraient pas assujetties aux lois d'un État ou du territoire fédéral [...] De la même manière, la plupart des tribus ont accepté de céder des terres, de mettre fin aux hostilités,

ou de s'en aller autrement dans ces îlots indiens que nous appelons les réserves indiennes, avec des garanties explicites ou implicites que ces îlots deviendraient des sanctuaires *collectifs*. Ces accords prévoyaient que les réserves tribales permettraient aux tribus de maintenir une partie de leur culture, de leur mode de vie et de leur autonomie politique, à l'abri de l'influence de la société coloniale dominante qui empiétait rapidement sur leur culture et en affaiblissait des éléments importants [...] Tous ces droits faisaient intervenir des revendications d'autonomie collective pour les Indiens, et non pas des libertés individuelles. De fait, les traités ont été négociés avec les tribus, en tant que nations internes dépendantes et distinctes, et non pas avec des individus³⁵.

Clinton cite un traité entre les États-Unis et la nation cherokee pour étayer son propos :

[TRADUCTION] Les États-Unis s'engagent, par les présentes, à ce que les terrains cédés à la nation cherokee dans l'article précédent ne soient jamais inclus à l'avenir, sans leur consentement, dans les limites territoriales ou les limites de compétence d'un État ou d'un territoire. Mais ils veilleront à ce que la nation cherokee ait le droit, par le biais de ses conseils nationaux, de légiférer et de faire appliquer ces lois comme elle le juge nécessaire pour le gouvernement et la protection des personnes et des biens, sur son propre territoire qui appartient à son peuple ou aux personnes qui lui sont liées³⁶ [...]

Selon les termes de ce traité, on voit une revendication puissante à l'autonomie gouvernementale qui est peut-être encore mieux exprimée par l'appel adressé au Congrès en 1830 par la nation cherokee pour que le peuple cherokee soit autorisé à demeurer sur ses terres ancestrales :

[TRADUCTION] Nous voulons demeurer sur les terres de nos ancêtres. Nous avons un droit parfait et original à y demeurer sans interruption ou privation de jouissance. Les traités conclus avec nous, et les lois des États-Unis adoptées conformément à des traités, garantissent notre résidence et nos privilèges, et nous protègent contre les intrus. La seule chose que nous demandons, c'est que ces traités soient respectés et que ces lois soit appliquées³⁷.

John Danley allie l'argument de l'occupation antérieure à celui qui est fondé sur le traité pour défendre l'autonomie des autochtones. Il écrit qu'à la différence des autochtones qui étaient ici avant, et qui peuvent être considérés comme un peuple avec lequel des traités ont été signés, les personnes qui ont récemment émigré aux États-Unis

[TRADUCTION] ne peuvent pas faire appel au nationalisme doctrinal parce qu'elles ont consenti volontairement à faire partie de la communauté politique des États-Unis. Elles ont négocié non pas en tant que groupe, mais en tant qu'individus avec le gouvernement des États-Unis. Aucun traité n'a été signé ou n'aurait dû être signé avec leurs représentants³⁸.

Les nations autochtones ont droit à leurs propres formes distinctes de gouvernement parce que, contrairement aux autres groupes dont les membres ont consenti à accepter les valeurs politiques américaines, les autochtones étaient ici les premiers et ce sont eux qui ont négocié leurs liens politiques avec le gouvernement non indigène de façon collective, et non pas individuelle.

Peut-être les défenseurs les plus connus d'une démarche fondée sur le traité pour apprécier le lien entre les nations autochtones et les États naissants ont-ils été Russell Lawrence Barsh et James Youngblood Henderson, qui soutiennent que la philosophie américaine traditionnelle sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale présume, à tort, que les nations autochtones ont été conquises par les États-Unis et par conséquent, qu'elles ont le droit de se gouverner d'après leurs propres lois seulement dans la mesure où le Congrès ne l'interdit pas par une loi contraire³⁹. Selon Barsh et Henderson, les principes de common law sur la conquête ont vicié la compréhension des traités, de sorte qu'ils sont considérés à tort comme des documents qui présentent les conséquences de la conquête et qui peuvent être mis de côté par le Congrès si les circonstances l'imposent. À leur avis, l'application du droit de la conquête aux nations autochtones n'a pas de fondement historique⁴⁰. Les nations

autochtones ne devraient pas être considérées comme ayant tout simplement le droit de se gouverner tant que le Congrès n'en décide pas autrement. Les traités devraient être considérés plutôt comme une source de pouvoir *fédéral* qui énonce les termes selon lesquels le pouvoir fédéral peut être exercé aux États-Unis : [TRADUCTION] «les traités sont une forme de reconnaissance politique et un indice de la distribution consensuelle des pouvoirs entre les tribus et les États-Unis⁴¹». Tout comme l'entente entre les États américains qui a créé le gouvernement fédéral, les traités réservent à la tribu les pouvoirs qui ne sont pas expressément délégués au Congrès.

La signification normative du processus de conclusion de traités tient aux principes de consentement, et la démarche suggère une reconnaissance mutuelle du pouvoir politique respectif des parties⁴². En outre, plusieurs ententes sur des revendications territoriales contemporaines au Canada avec les Cris et d'autres nations ont prévu une certaine forme d'autonomie pour les Indiens et elles pourraient servir de fondement à un droit à l'autonomie gouvernementale⁴³. Toutefois, une défense fondée sur les traités souffre de plusieurs faiblesses. Tout d'abord, elle ne peut avoir plus de force que le libellé du traité sur lequel elle s'appuie. Le texte du traité négocié par la nation cherokee qui est cité par Clinton est tout à fait en faveur du droit à l'autonomie, et il protège donc la nation cherokee du droit étatique et l'autorise à promulguer le droit cherokee. Toutefois, de nombreuses nations autochtones au Canada ont négocié avec la Couronne des traités qui privaient leur peuple de tout droit particulier sur les terres et les forçaient à s'en aller sur des parcelles de terre non productives. Dans ces cas-là, il faudrait un argument supplémentaire sur la manière d'interpréter le texte d'un traité apparemment restrictif comme impliquant le droit à l'autonomie gouvernementale pour étendre un droit à l'autonomie de ces nations fondé

sur le traité, d'après ce qui leur revient comme droits tronqués en vertu des traités. D'autres traités au Canada, en particulier ceux qui ont été négociés tôt dans l'histoire de la colonie britannique, prévoient le maintien de l'autonomie autochtone et pourraient servir de fondement au droit à l'autonomie gouvernementale⁴⁴. Toutefois, si ce droit est exclusivement fondé sur le texte du traité, sa nature et sa portée différeraient de façon importante d'une nation autochtone à l'autre. Il en découlerait une justice hétéroclite dans laquelle la nature et la portée de l'autonomie autochtone dépendraient du pouvoir de négociation dont disposaient les ancêtres de l'un ou de l'autre à un moment particulier, dans un passé lointain.

Deuxièmement, bon nombre de nations autochtones n'ont pas conclu de traité avec les autorités canadiennes ou avec la Couronne. Le peuple wet'suwet'en de l'intérieur de la Colombie-Britannique, par exemple, n'a jamais signé de traité, que ce soit avec la Couronne fédérale ou provinciale. Si le droit à l'autonomie gouvernementale est fondé sur le processus de conclusion de traité, quel type de droit vient donc appuyer la revendication des Wet'suwet'ens? S'ils jouissent aussi d'un droit à l'autonomie gouvernementale, la source du droit ne peut donc pas être le processus de conclusion de traité. Une justification fondée sur le traité à l'appui d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale doit être appuyée par d'autres arguments, pour pouvoir s'appliquer à toutes les nations autochtones du pays.

Troisièmement, la logique d'une justification fondée sur le traité nous amène à conclure qu'en l'absence de traité, le Canada n'a aucun pouvoir souverain sur les autochtones. Bien que cette position soit certainement facile à défendre, à supposer qu'il soit conclu que les principes de conquête et de colonisation justifiant l'affirmation de la souveraineté soient en eux-mêmes injustes⁴⁵, nous restons dans la situation précaire où il faut réclamer l'indépendance complète des autochtones, ce

qui leur nie alors le droit de jouir des avantages liés à la citoyenneté canadienne, en plus d'avoir le droit à l'autonomie. La justification fondée sur le traité, pour un droit à l'autonomie gouvernementale, lorsqu'elle est appliquée à un peuple autochtone qui n'est pas partie à un traité, ne constitue pas un argument pour promouvoir une participation pleine et entière aux institutions publiques canadiennes ou défendre son droit de s'autogouverner.

Ce qui est utile et important de retenir, d'après les enquêtes qui ont été faites et qui insistent sur l'importance du processus de conclusion de traité, n'est pas tant que le traité est la source du droit à l'autonomie gouvernementale. Les traités peuvent servir ou non à fonder un tel droit pour les autochtones. Comme il a été dit ci-dessus, cela dépend du texte du traité, en particulier, et du fait que la nation autochtone ait ou non signé un traité avec la Couronne. En revanche, l'importance des traités et de la demande de conclusion des traités tient au fait que le processus prouve que la Couronne a estimé que les nations autochtones étaient suffisamment autonomes, par le passé, pour conclure un traité avec elles. En outre, la démarche montre que la Couronne considérait qu'il était nécessaire et souhaitable d'obtenir des accords par voie de traité avant d'assujettir les autochtones à un droit étranger. Autrement dit, le processus d'élaboration de traités vient appuyer le fait que les nations autochtones étaient (et étaient considérées comme telles par la Couronne) des collectivités qui s'autogouvernaient, et qui avaient le droit de le faire jusqu'à ce qu'elles aient montré une intention contraire. La démarche de conclusion de traités signale que les nations autochtones ont un droit à l'autonomie gouvernementale, et que la Couronne a reconnu ce fait depuis bien longtemps.

AUTODÉTERMINATION

Un autre argument normatif en faveur d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est celui qui est centré sur le droit d'un peuple ou d'une nation à l'autodétermination. Les principes juridiques internationaux qui concernent le droit à l'autodétermination sont souvent invoqués à l'appui de la proposition normative voulant que tous les peuples, ou toutes les nations, soient capables de décider de leur avenir propre ou de leur destinée politique sans ingérence externe⁴⁶. Pour paraphraser James Anaya, le droit à l'autodétermination est né dans le lexique de plus en plus étendu du droit international qui traduit les préoccupations en matière de droits de la personne et, par conséquent, il s'agit d'un droit fondamental qui est le propre, collectivement, de groupes d'êtres humains vivants⁴⁷. C'est pourquoi le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale peut être considéré comme une expression nationale et constitutionnelle de l'idéal normatif d'autodétermination.

Les sources juridiques internationales à l'appui d'un droit à l'autodétermination sont, notamment, l'article 1(2) de la Charte des Nations Unies qui édicte le principe de l'autodétermination comme étant l'un des objectifs des Nations Unies⁴⁸. L'article 55 de la Charte prévoit un certain nombre d'objectifs sociaux et économique «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes⁴⁹». De même, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit que «[t]ous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes [...] et assurent librement leur développement économique, social et culturel⁵⁰». L'autodétermination a aussi été décrite comme un droit par la Cour internationale de justice⁵¹.

À l'origine, le principe de l'autodétermination était principalement invoqué, dans le domaine international, comme une justification à la libération des nations d'Europe de l'Est qui étaient sous le joug d'une domination étrangère au début du XX^e siècle⁵². De plus en plus, il a servi de cri de ralliement pour les colonies qui cherchaient à se libérer de leurs chaînes impériales et à assumer un statut d'État indépendant. Dans les années 50, la Belgique a tenté d'étendre le principe de l'autodétermination, non seulement aux colonies qui souhaitaient se débarrasser de leurs maîtres impériaux, mais aussi aux populations situées au sein d'États indépendants, de sorte que les populations indigènes et les minorités culturelles pouvaient affirmer un droit à l'autodétermination en vertu du droit international⁵³. L'initiative belge n'a pas abouti; lorsque l'assemblée nationale des Nations Unies a adopté la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*⁵⁴, elle a décidé de restreindre de façon expresse l'application du principe de l'autodétermination aux peuples qui vivent sur des territoires géographiquement séparés de ceux de leurs maîtres politiques. La Déclaration énonçait que «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 Unies⁵⁵». Comme l'a dit Patrick Thornberry,

[TRADUCTION] De ce fait, les frontières coloniales fonctionnent comme les frontières des États naissants. Par conséquent, les minorités ne peuvent pas se séparer des États, du moins, le droit international ne leur reconnaît pas le *droit* de le faire. La logique de la résolution est relativement simple : les peuples ont le droit à l'autodétermination; un peuple est l'ensemble des habitants d'un territoire; un peuple exerce son droit par le biais de l'accession à l'indépendance⁵⁶.

Peu de choses ont changé depuis l'adoption de cette déclaration : le droit international n'a pas encore étendu le droit à l'autodétermination aux peuples indigènes qui vivent dans les limites d'un État-nation.

Les limites posées actuellement par le droit international au principe de l'autodétermination ne devraient pas occulter ses dimensions normatives⁵⁷ ou la possibilité de voir le droit international se plier aux exigences des autochtones sous la rubrique de l'autodétermination⁵⁸. Certes, les organisations autochtones elles-mêmes décrivent leurs objectifs en termes d'autodétermination. Le conseil mondial des peuples indigènes (World Council of Indigenous Peoples), à sa deuxième assemblée générale, a décrit l'autodétermination comme étant [TRADUCTION] «un droit irrévocable et inné qui nous est dû en notre qualité d'autochtones⁵⁹». Le Conseil du Traité indien international a décrit les populations autochtones comme étant [TRADUCTION] «composées de nations et de peuples, qui sont des entités collectives justifiées d'exiger l'autodétermination, lesquelles à leur tour sont décrites comme incluant des caractéristiques internes et externes⁶⁰». L'autodétermination externe fait normalement intervenir toutes les caractéristiques de l'État indépendant, tandis que l'autodétermination interne inclut le droit au maintien et à la promotion de la différence culturelle autochtone par le biais d'institutions politiques indépendantes⁶¹.

Une des évolutions très prometteuses en droit international est illustrée par le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, préparé par une sous-commission de la Commission des droits de l'homme, qui propose de reconnaître que [TRADUCTION] «les peuples autochtones ont un droit à l'autodétermination conformément au droit international, sous réserve des mêmes critères et limites qui s'appliquent aux autres peuples conformément à la Charte des Nations Unies⁶²». En conséquence, le projet de déclaration envisage de reconnaître, entre autres,

le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, le droit de manifester, de pratiquer et d'enseigner les traditions spirituelles et religieuses, les droits territoriaux, le droit à l'éducation, les droits linguistiques et à la propriété culturelle et le droit de maintenir et de développer les systèmes économiques et sociaux indigènes⁶³. Une note explicative qui accompagne le projet de déclaration établit la distinction susmentionnée entre l'autodétermination «externe» et «interne». Un droit indigène d'autodétermination externe dépend du défaut de l'État dans lequel se trouvent les peuples indigènes de répondre aux aspirations des autochtones en matière d'autodétermination interne :

[TRADUCTION] Une fois qu'un État indépendant a été établi et reconnu, les peuples qui le constituent doivent tenter d'exprimer leurs aspirations par le biais du système politique national, et non pas par la création de nouveaux États. Cette exigence se maintient à moins que le système politique national ne devienne exclusif et non démocratique au point de ne plus pouvoir être «considéré comme représentant tout le peuple». À ce stade, et si toutes les mesures internationales et diplomatiques cessent de protéger les peuples en cause contre l'État, il peut être justifié de créer un nouvel État⁶⁴.

L'acceptation par la communauté mondiale du projet de déclaration permettrait d'entrer dans un nouvel ordre juridique international où les peuples indigènes ne se verraient plus dénier le droit à l'autodétermination du seul fait de leur caractère autochtone.

En dépit du défaut actuel de reconnaissance juridique internationale, le principe de l'autodétermination peut être considéré comme un fondement normatif au droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ce droit pourrait facilement être conçu comme une expression interne et constitutionnelle du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes. Pour que ce principe serve de fondement stable au droit à l'autonomie gouvernementale, sa valeur ou son importance normative devrait être présentée de façon claire. Avishai Margalit et

Joseph Raz soutiennent qu'il existe deux méthodes normatives qui peuvent permettre de concevoir le droit à l'autodétermination : l'une insiste sur la valeur intrinsèque de l'autonomie gouvernementale, et l'autre sur la valeur utilitaire de l'autonomie gouvernementale⁶⁵. Nous les présentons brièvement ci-après.

L'argument en faveur du droit à l'autodétermination fondé sur la valeur intrinsèque de l'autonomie gouvernementale insiste sur le fait que l'appartenance culturelle et nationale est un aspect important de l'identité individuelle et mérite donc sa pleine expression dans la vie de la communauté. La pleine expression de l'appartenance culturelle et nationale inclut le droit à la participation politique, parce que celle-ci est un élément essentiel de la vie communautaire. L'autonomie gouvernementale, [TRADUCTION] «la valeur qui consiste à confier le pouvoir politique général sur un groupe et ses membres, au groupe» est donc un élément intrinsèquement valable de la participation politique⁶⁶. Les membres du groupe devraient donc bénéficier du droit de décider s'ils veulent ou non s'autogouverner, ce qui est le droit à l'autodétermination⁶⁷.

Margalit et Raz soutiennent que le fait de voir l'autonomie gouvernementale comme une valeur intrinsèque amène à présumer à tort que la participation politique peut se produire «dans un cadre exclusif à un groupe ou dominé par lui⁶⁸». Ils reconnaissent que «le partage pacifique et équitable de la scène politique» par différentes collectivités ou nations peut être impossible à la lumière des hostilités historiques, de préjugés ou d'autres facteurs, mais ils soutiennent qu'il n'y a rien d'inhérent à la valeur de la participation politique qui exige des institutions politiques distinctes⁶⁹. Au contraire, il arrive que l'autonomie gouvernementale soit un instrument valable pour réaliser l'identité du groupe mais c'est un instrument parfois nécessaire alors qu'à d'autres moments, il ne l'est pas du tout. Le fait qu'il soit ou non nécessaire dépendra d'une foule de facteurs

contingents sur le plan historique et politique, qui sont particuliers au groupe en cause et à sa relation à la collectivité politique plus large dans lequel il est situé.

Une appréciation utilitaire de l'autonomie gouvernementale ne signifie pas que le droit de décider si l'on peut s'administrer de façon autonome, le droit à l'autodétermination, n'intervient que dans les cas où l'autonomie gouvernementale est nécessaire pour réaliser l'identité du groupe. D'après Margalit et Raz, le groupe possède un droit à l'autodétermination même lorsqu'il n'y a pas de raison d'avoir l'autonomie gouvernementale, c'est-à-dire lorsqu'un groupe peut réaliser son identité dans les institutions politiques qui ne sont pas limitées au groupe lui-même. Un groupe a le droit de se tromper sur la nécessité de l'autonomie gouvernementale. Toutefois, le droit à l'autodétermination doit seulement être exercé pour la bonne cause, c'est-à-dire pour obtenir les conditions nécessaires à la réalisation de l'identité du groupe. En outre, il s'étend seulement aux groupes qui peuvent vraisemblablement respecter les droits fondamentaux de tous les habitants du territoire, et son exercice doit être accompagné de mesures visant à ne pas compromettre les intérêts des habitants des autres pays.

Un des avantages qui militent en faveur du droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones fondé sur l'autodétermination, tient au fait que ce principe d'autodétermination, comme il est décrit par Margalit et Raz, évoque directement et cherche à protéger l'influence profonde de la collectivité sur l'identité des individus. Les groupes qualifiés devraient être libres de déterminer leur avenir politique collective, et si un groupe particulier estime que des institutions politiques séparées sont nécessaires pour protéger la différence communautaire, il devrait être libre de concevoir des ententes institutionnelles qui lui permettent d'obtenir un tel résultat. Le fait de considérer le droit à l'autonomie gouvernementale des

autochtones en ces termes signifie que l'on admet que les formes de gouvernement autochtone sont nécessaires à l'obtention de conditions permettant l'expression de l'identité du groupe; ce qui, par la suite, amène à reconnaître implicitement que les institutions politiques canadiennes ont échoué et continueront à nuire aux autochtones à cet égard, en dépit des réformes éventuelles qui pourraient chercher à garantir une inclusion plus large.

Toutefois, une conception utilitaire de la valeur de l'autonomie gouvernementale ne rend pas tout à fait compte des dimensions du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ce principe n'est pas fondé sur le défaut des institutions politiques et juridiques du Canada de se plier à la différence autochtone; ses sources sont indépendantes des machinations de l'État canadien puisqu'elles sont ancrées, du moins en partie, dans le fait qu'il y avait une souveraineté antérieure des autochtones. Les autochtones s'autogouvernaient avant l'arrivée des Européens; à cette époque, la valeur de l'autonomie gouvernementale était intrinsèque et inhérente et non pas seulement utilitaire, à l'identité individuelle et collective des autochtones. Une théorie utilitaire de ce droit doit fournir des motifs convaincants pour expliquer pourquoi des facteurs exogènes, comme l'établissement de l'État canadien, ont transformé l'autonomie gouvernementale en une valeur utilitaire.

Il est donc nécessaire, à cette fin, d'évaluer la légitimité de la déclaration de la souveraineté européenne sur les peuples autochtones. Si l'on considère l'affirmation de cette souveraineté comme légitime, on peut alors juger que la valeur de l'autonomie gouvernementale a un caractère utilitaire, c'est-à-dire qu'elle découle du défaut des institutions politiques et juridiques du Canada d'obtenir des conditions nécessaires pour la protection de l'identité autochtone. Toutefois, comme il en a été question dans la section précédente, la légitimité des déclarations de souveraineté

par les Européens est loin d'être sûre⁷⁰. On pourrait proposer des arguments pragmatiques en faveur de l'acceptation de la souveraineté canadienne sur les peuples autochtones, présumément dans la mesure où elle offre les conditions nécessaires à la protection de la différence des autochtones, mais on ne voit pas clairement pourquoi le pragmatisme devrait nous dire si l'autonomie gouvernementale a ou non une valeur intrinsèque ou une valeur utilitaire pour les peuples autochtones. Si les institutions politiques canadiennes ne peuvent pas ménager les conditions nécessaires à la protection du caractère original des autochtones, c'est là une raison de plus pour reconnaître les formes autochtones de gouvernement. Toutefois, le droit à l'autonomie gouvernementale ne devrait pas être considéré comme exclusivement fondé sur la capacité relative de l'État canadien de se plier à la différence autochtone, à moins qu'un autre argument ne soit fourni sur la légitimité normative de la souveraineté canadienne sur les autochtones eux-mêmes.

Quoi qu'il en soit, on peut adopter une théorie intrinsèque sur la valeur de l'autonomie gouvernementale des autochtones et soutenir que ceux-ci devraient posséder le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire le droit de disposer d'eux-mêmes. Le droit collectif des autochtones de décider s'ils veulent s'autogouverner est sûrement au coeur de leur droit à l'autonomie gouvernementale. Définir cet élément fondamental comme un droit à l'autodétermination aura vraisemblablement comme effet d'étendre la portée du droit à l'autonomie gouvernementale du fait qu'il sera inévitablement interprété à travers le prisme du discours juridique international sur l'autodétermination. On appuierait ainsi l'idée que le droit international devrait reconnaître le droit des peuples autochtones qui demeurent dans les limites de certains États-nations particuliers, du moins dans certaines circonstances, de réclamer un statut d'État indépendant, position qui n'a pas encore été adoptée en droit international⁷¹.

L'ancrage du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale dans une théorie intrinsèque au droit à l'autodétermination aurait donc des répercussions internationales de grande portée. Nous ne pouvons pas nous prononcer ici sur le caractère souhaitable ou non de ces incidences. Toutefois, la discussion ci-dessus met en évidence l'un des inconvénients à se fier au principe de l'autodétermination à l'appui du droit des autochtones de s'autogouverner. Le discours sur l'autodétermination est mal venu dans le contexte d'un programme de réforme qui vise à justifier et à fournir des institutions politiques autochtones fonctionnant en parallèle avec les institutions canadiennes. Autrement dit, le discours entourant l'autodétermination est difficile à adapter à l'objectif qui consiste à autoriser les autochtones à participer à leur propre forme de gouvernement, ainsi qu'à celui du Canada. Le principe de l'autodétermination, d'un point de vue normatif sinon juridique, justifie la reconnaissance d'un pouvoir gouvernemental autochtone mais on ne voit pas très bien pourquoi les autochtones, ayant exercé leur droit à l'autodétermination, devraient aussi avoir le droit de continuer à profiter des avantages de la citoyenneté canadienne. Le principe d'autodétermination, c'est-à-dire le droit d'un groupe de disposer de lui-même, ne semble pas permettre à ce groupe de décider unilatéralement dans quelle mesure il a le droit de participer à la société dont il cherche à se distancer. Si le groupe exerce son droit d'exclure les autres de ses institutions politiques, sur quelles bases peut-il demander la représentation dans ses institutions politiques de ceux qu'il a exclus? Il peut très bien y avoir des raisons normatives qui justifient le maintien de la représentation mais le principe de l'autodétermination, à lui seul, ne semble pas les fournir⁷².

PRÉSERVATION DE LA CULTURE MINORITAIRE

Les droits ancestraux en général, et le droit à l'autonomie gouvernementale en particulier, ont aussi été défendus comme un moyen de protéger les différences culturelles autochtones contre des tendances assimilatrices des cultures plus dominantes. Le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone peut être considéré comme un droit collectif, propre à être exercé dans les limites du système politique canadien. Dans cette perspective, les droits ancestraux peuvent être considérés comme s'inscrivant dans des efforts internationaux et nationaux plus larges visant à préserver l'intégrité culturelle, non seulement des peuples autochtones, mais aussi des autres peuples autrement menacés par les forces assimilatrices dominantes dans les États-nations modernes.

La protection des cultures minoritaires n'est pas étrangère aux traditions constitutionnelles canadiennes. Outre la protection que le droit canadien offre actuellement aux peuples autochtones, il existe plusieurs dispositions constitutionnelles qui expriment un respect pour la différence culturelle. La structure fédérale du gouvernement canadien a été conçue, en partie, [TRADUCTION] «pour réduire la concurrence ethnique entre Français et Anglais en divisant la province unie du Canada en deux provinces, le Québec et l'Ontario, devant être dominées par les majorités française et anglaise respectivement⁷³». L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit la protection de la langue minoritaire dans les institutions politiques fédérales et québécoises⁷⁴. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* offre certaines mesures de sauvegarde dans le domaine de l'éducation religieuse⁷⁵. La *Charte canadienne des droits et libertés* exprime un engagement vis-à-vis de la préservation de la culture minoritaire, y compris les dispositions sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, et une clause d'interprétation qui insiste sur «le

maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens⁷⁶». La reconnaissance des droits ancestraux, y compris un droit à l'autonomie gouvernementale, est conforme à la tradition constitutionnelle canadienne qui consiste à reconnaître et à accepter les différences culturelles.

En outre, plusieurs normes juridiques internationales appuient les revendications d'intégrité culturelle des minorités au sein des États-nations. De nombreux articles dans la Charte des Nations Unies, par exemple, parlent de coopération culturelle et de développement culturel⁷⁷. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reconnaît le droit des membres «des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques [...] d'avoir [...] leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue». La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* des Nations Unies prévoit un soutien accru à la notion d'autonomie culturelle⁷⁸, la *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale* de l'UNESCO affirme que tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture⁷⁹. La *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* demande une action gouvernementale positive pour «assurer le développement ou la protection adéquate des personnes appartenant à certains groupes raciaux⁸⁰».

Il existe plusieurs documents internationaux qui visent de façon explicite les populations indigènes lorsqu'ils parlent du besoin de protéger les cultures minoritaires dans les États-nations. Par exemple, la Convention 107 de l'Organisation internationale du Travail⁸¹, adoptée en 1957, tout en invoquant l'«intégration» des aborigènes dans la communauté nationale, appelle aussi les gouvernements à mettre en oeuvre des programmes coordonnés et systématiques en vue de la protection des aborigènes et de promouvoir leur développement social,

économique et culturel⁸². Bien que la Convention de l'Organisation internationale du Travail puisse maintenant sembler quelque peu désuète dans son insistance sur l'intégration⁸³, le fait qu'elle existe témoigne d'un certain appui au niveau du droit coutumier international en faveur d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale.

L'Organisation internationale du Travail a récemment fait circuler une révision proposée de la Convention 107, intitulée *Projet de convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*⁸⁴. Tout en évitant manifestement de faire allusion au principe de l'autodétermination⁸⁵, elle reconnaît les aspirations des peuples [indigènes] à exercer le contrôle sur leurs propres institutions, modes de vie et développement économique pour maintenir et développer leurs identités, langues et religions, dans le cadre des États où ils habitent⁸⁶. Elle énumère ensuite une gamme très impressionnante de droits qui concernent les autochtones et les responsabilités des gouvernements à leur égard, lesquels faciliteraient la protection des modes de vie autochtones.

Le projet de déclaration des Nations Unies et la Convention de l'OIT offrent tous deux un riche contenu au droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Toutefois, ils illustrent beaucoup plus ce droit qu'ils ne le justifient. Si le projet de déclaration et la Convention sont ratifiés, ils s'intégreront tout simplement dans le droit international coutumier et obtiendront une légitimité normative du fait que les documents signalent ce qu'une majorité d'États considère comme un traitement approprié des peuples indigènes en droit interne. L'utilité des principes juridiques internationaux dans ce contexte ne devrait pas être sous-estimée⁸⁷. On devrait toutefois insister pour dire qu'à moins de s'aligner sur le point de vue positiviste voulant qu'une loi devienne légitime du seul fait de son adoption⁸⁸, la possibilité d'une *Déclaration internationale sur les droits des peuples autochtones* ou l'existence d'une

Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants ne mettra pas fin à toute enquête normative. Bien que le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale puisse être caractérisé comme l'expression nationale de droits internationaux des peuples indigènes, les questions entourant les justifications normatives de ce droit sont simplement projetées dans le domaine international : pourquoi les peuples indigènes auraient-ils des droits collectifs particuliers de préservation culturelle?

Plusieurs auteurs ont offert des arguments détaillés pour justifier la nécessité de préserver la différence culturelle, sur le plan normatif, dans un État démocratique moderne. Will Kymlicka est peut-être le principal défenseur de cette théorie. Kymlicka soutient que l'appartenance à une culture, dans certains cas, peut justifier des inégalités dans la distribution des droits et des responsabilités politiques au sein d'une même collectivité politique qui est autrement tenue de protéger l'égalité des personnes⁸⁹. À son avis, l'égalité des personnes ne signifie pas l'égalité de résultat et une pondération égale des intérêts et des préférences de chacun. Une personne devrait payer le prix des choix qu'elle fait pour donner un sens et un but à sa vie. Toutefois, la personne fait des choix d'après un contexte culturel qui lui donne certaines options, et, du point de vue de Kymlicka, l'histoire culturelle de chacun de nous n'est pas une question de choix mais plutôt une question de circonstances. Une personne ne devrait pas être responsable des coûts afférents au fait qu'elle provient d'un certain contexte culturel plutôt que d'un autre. Ces différences, pour reprendre les mots de John Rawls, sont moralement arbitraires⁹⁰.

L'inégalité dans la distribution des droits et des responsabilités politiques chez les autochtones peut être défendue, selon Kymlicka, car il s'agirait d'une réaction, non pas à certains choix partagés, mais à des circonstances d'inégalité⁹¹. Celles-ci comprennent notamment les

différences dans les antécédents culturels et les ressources énormes que les autochtones doivent dépenser pour tout simplement essayer de protéger leur histoire et leur patrimoine contre les cultures majoritaires. Les droits ancestraux sont un moyen pour les peuples indigènes de se voir épargner le coût nécessaire à la préservation de leur culture. Ils leur permettent donc d'être sur un pied d'égalité avec les peuples non indigènes en les libérant de la charge du maintien d'une responsabilité qui, bien qu'elle soit valable et nécessaire, n'est pas quelque chose qu'ils ont eux-mêmes choisi ou créé.

L'une des faiblesses de ce raisonnement dans lequel on invoque la valeur de la protection culturelle minoritaire, en relation avec le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, tient au fait que cette stratégie risque de réduire les revendications autochtones au rang de revendications minoritaires. Selon les termes convaincants du Conseil du Traité indien international, [TRADUCTION] «le but ultime des colonisateurs serait atteint si l'on faisait référence aux peuples indigènes en les désignant comme des minorités⁹²». L'ancrage du droit à l'autonomie gouvernementale dans des principes internationaux sur les droits des minorités reviendrait à faire fi des différences historiques et contemporaines importantes qui existent entre les autochtones et les autres minorités culturelles au Canada, plus particulièrement, le fait que les autochtones vivaient sur le continent nord-américain avant l'arrivée des Européens, occupaient ce continent et y exerçaient la souveraineté.

Par ailleurs, on ne peut pas nier que les principes internationaux actuels, en ce qui concerne les minorités culturelles, soient des outils extrêmement précieux pour la protection des autochtones. Le risque lié au fait que l'on considère les peuples autochtones au Canada comme des «minorités» méritant une protection de leurs droits minoritaires peut être réduit de manière significative si l'on adapte la définition de «minorité» de façon à ce qu'elle ne fasse pas disparaître les différences importantes qui

existent entre la population autochtone et les autres populations minoritaires du pays⁹³. Au-delà de la question de savoir si l'étiquette de «minorité» convient aux peuples autochtones, il importe de se demander quels sont les droits qui reviennent à ces derniers si le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est considéré comme le droit d'une minorité. Si les droits qui leur reviennent sont ceux qui sont répertoriés dans la Convention de l'Organisation internationale du Travail, par exemple, les différences importantes entre les peuples autochtones et les autres minorités culturelles seront censément reconnues, en dépit de leur désignation comme minorité. L'invocation de cette étiquette ne devrait pas nécessairement signifier que les autochtones n'ont que les droits et libertés accordés aux autres cultures minoritaires, mais qu'ils ont au moins droit aux privilèges reconnus aux autres minorités culturelles. Le fait que les autochtones aient besoin d'une protection juridique supplémentaire, à cause de leur caractère indigène, constitue une question distincte.

Autre inconvénient qui tient à la conception du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale en tant que droit minoritaire collectif : on ne rend pas justice à la nature des revendications autochtones. Le droit à l'autonomie signifie beaucoup plus que la liberté de se livrer à des pratiques culturelles autrement menacées par des tendances à l'assimilation; il s'agit aussi de la liberté d'exercer une certaine part d'autorité gouvernementale sur les terres et sur les peuples. Bien que le discours des droits collectifs puisse être étendu pour intégrer des questions de compétence, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale impose un certain réaménagement politique et constitutionnel des institutions gouvernementales canadiennes. Bien compris, ce droit des autochtones ne traite pas l'État canadien comme une donnée; il n'exige pas une puissance étatique autochtone distincte, mais conteste la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales,

ainsi que les structures actuelles de l'administration de la justice. Le discours sur les droits culturels collectifs des minorités ne tient pas totalement compte des dimensions constitutionnelles, institutionnelles et juridictionnelles du droit. Néanmoins, il est vrai qu'une partie de l'objectif d'un droit à l'autonomie gouvernementale pour les autochtones serait de leur permettre d'exercer un contrôle plus grand sur leurs identités collectives distinctives et, dans cette mesure, le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit collectif qu'ils ont de préserver leurs cultures distinctes. Toutefois, le droit dépasse la simple préservation des cultures autochtones, et une justification normative devrait reconnaître ce fait.

VERS UNE SYNTHÈSE NORMATIVE

Toutes ces justifications normatives au droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale partagent sans doute un caractère incomplet. Les arguments sur l'occupation antérieure justifient certains aspects des pouvoirs conférés, mais les affaiblissent en ce qui concerne un pouvoir gouvernemental autochtone qui ne serait pas directement lié à l'aménagement du territoire. Les revendications de souveraineté antérieure sont au coeur de l'autonomie gouvernementale autochtone, mais elles dépassent une simple rétrospective historique. Les traités conclus entre les Premières nations et la Couronne montrent qu'elles étaient considérées comme des entités autonomes par celle-ci, mais tous les autochtones ne sont pas visés par un traité, et le libellé de certains traités n'énonce pas clairement l'existence d'un pouvoir autochtone. Le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire le droit d'un peuple à disposer de lui-même, est aussi un élément central du droit à l'autonomie gouvernementale, mais il s'agit d'un argument peu commode pour justifier le maintien de la participation des autochtones aux institutions politiques canadiennes. Et la protection d'une culture minoritaire est certainement

l'un des objectifs du droit à l'autonomie gouvernementale, mais les autochtones, à bien des égards, diffèrent des autres minorités raciales ou culturelles au Canada.

Pour unir les justifications avancées ci-dessus, on pourrait commencer par la valeur de l'autonomie gouvernementale, qui donne un intérêt normatif aux revendications d'autodétermination et de préservation de la différence culturelle avant d'évaluer les revendications d'autonomie gouvernementale par rapport aux principes d'égalité⁹⁴. C'est surtout la valeur fondamentale que les personnes attachent à l'autonomie gouvernementale qui rend ce droit digne du statut de droit. L'autonomie gouvernementale a une valeur parce qu'elle permet l'expression politique de l'identité individuelle et collective. La participation à des formes de gouvernement autochtone est essentielle aux identités des personnes et des autochtones pris collectivement. Au coeur du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone se trouve la valeur du droit à l'autonomie gouvernementale, ainsi que le droit de disposer de soi-même.

Vu le désir apparent qu'ont la plupart des autochtones d'avoir l'autonomie gouvernementale tout en conservant le statut de citoyens canadiens, il ne suffit pas d'insister sur la valeur de l'autonomie gouvernementale et sur un droit à l'autodétermination pour justifier le droit à l'autonomie gouvernementale. De façon normative, si ce n'est de façon légale, tous les peuples possèdent un droit à l'autodétermination, quels que soient les caprices des frontières coloniales. Toutefois, une justification normative du droit à l'autonomie gouvernementale qui ne débouche pas sur un statut d'État indépendant doit dépasser la simple valeur de l'autonomie gouvernementale et du droit à l'autodétermination. La collectivité politique, prise au sens large, a présument le droit de refuser que l'association avec la minorité se maintienne et d'exiger que le droit à l'autodétermination soit exercé dans sa plénitude.

C'est là où la référence aux principes de l'égalité appuie la force normative des revendications autochtones à un droit à l'autonomie gouvernementale. Le principe d'égalité est doublement utile du fait qu'il revêt une signification normative pour les autochtones comme pour les non-autochtones. Le mouvement normatif qui anime les revendications d'égalité est une revendication puissante de justice, notamment, pour que les égaux soient traités de manière égale, et les inégaux de manière inégale⁹⁵. Lorsqu'on décide de reconnaître la valeur de l'autonomie comme un droit, sans aller jusqu'à la création d'un État indépendant, les bénéficiaires potentiels de l'autonomie gouvernementale devraient être traités comme formellement égaux aux autres requérants potentiels, sauf s'il y a un motif valable et normalement justifiable de faire le contraire.

Avant l'arrivée des Européens, les Premières nations étaient des sociétés qui s'autogouvernaient. Bien que la Couronne, dans les traités négociés avec ces nations, ait manifesté une certaine reconnaissance et acceptation de l'autonomie gouvernementale des autochtones, le pouvoir des autochtones de continuer à maintenir leur autonomie gouvernementale leur a été refusé, en fin de compte, par l'affirmation de la souveraineté des nations qui se sont constituées et l'établissement d'États-nations sur le continent. Ainsi, les Premières nations ont été traitées avec condescendance par les nations européennes, que ce soit dans le droit international ou dans sa pratique. Les motifs avancés pour défendre une telle inégalité formelle ne constituaient pas des motifs normativement justifiables du fait qu'ils étaient fondés sur des notions inacceptables d'infériorité des autochtones. L'égalité formelle milite en faveur de la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale du fait que l'on chercherait à placer les autochtones dans la position où ils se seraient trouvés s'ils avaient été traités comme des égaux sur le plan formel, par rapport aux nations européennes, au moment de l'arrivée des Européens.

L'égalité formelle sous-tend les arguments normatifs en faveur du droit à l'autonomie gouvernementale, fondé sur la souveraineté antérieure des autochtones.

Toutefois, le droit à l'autonomie gouvernementale signifie beaucoup plus que de replacer les autochtones dans la position où ils se seraient trouvés s'ils avaient été traités comme des égaux par le passé. C'est aussi un moyen qui permet d'améliorer leurs conditions sociales et économiques. Bon nombre des désavantages socio-économiques que connaissent les autochtones sont le résultat direct des refus que leur ont toujours opposés les autorités canadiennes lorsqu'ils voulaient prendre leur destinée en main conformément à leurs propres usages politiques. Le droit à l'autonomie gouvernementale peut être considéré comme ayant une dimension réparatrice, en ce que sa reconnaissance permettrait aux autochtones d'exercer davantage de maîtrise sur des questions essentielles à leur identité individuelle et collective, ce qui devrait améliorer leur position économique et sociale dans la société canadienne.

Cet aspect du droit peut aussi être analysé en termes d'égalité, plus précisément, de l'égalité de fond, laquelle fait référence à l'idéal moral visant à améliorer les conditions économiques et sociales défavorables des personnes et des groupes afin de les rendre plus égaux aux autres personnes et groupes dans la société⁹⁶. La reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale peut être justifiée comme une mesure qui, espérons-le, devrait améliorer la condition des autochtones au Canada. Ainsi, l'égalité de fond des peuples milite en faveur d'un droit à l'autonomie gouvernementale qui permettrait d'améliorer la situation socio-économique des autochtones.

L'ancrage du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, dans sa valeur sous-jacente et dans les principes d'égalité, reconnaît et exprime des vérités de justifications traditionnelles du droit, mais sans

élever un ou plusieurs de leurs éléments au statut de justification exclusive. Les revendications fondées sur les traités visent les principes d'égalité, en ce que le processus de conclusion de traités présuppose que l'on respecte l'égalité des peuples. Derrière la revendication de souveraineté antérieure, on trouve une revendication morale en ce qui concerne la justice des principes juridiques internationaux qui légitimise l'affirmation de la souveraineté européenne sur le continent, c'est-à-dire que les Premières nations n'étaient pas traitées comme des nations égales aux nations européennes. La force morale du discours sur l'autodétermination et des revendications normatives en matière de protection de cultures minoritaires se trouve dans leur reconnaissance de la valeur profonde de l'autonomie gouvernementale. Même les revendications d'occupation antérieure, qui sont liées de très loin aux justifications normatives du droit à l'autonomie gouvernementale, expriment des préoccupations en matière d'égalité, en ce que le traitement égal exige la reconnaissance des droits des autochtones sur des biens. Cela ne veut pas dire que la conception du droit en termes d'égalité soit la seule manière de concevoir ses dimensions normatives sous-jacentes⁹⁷. Toutefois, l'égalité constitue un cadre utile et, à mon avis, incontournable, pour l'évaluation du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale car elle concerne les valeurs morales que partagent autochtones et non-autochtones.

CONCLUSION

Sous couvert du droit positif, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale comporte des dimensions normatives complexes. Appuyé par un certain nombre de justifications normatives distinctes mais qui se rejoignent, ce droit peut le mieux être défendu par une combinaison d'arguments dont chacun soutient une dimension différente de sa nature. Une telle attitude affaiblit les critiques fondées sur le caractère contingent de la pensée normative du fait que l'on refuse consciemment d'ancrer le droit à l'autonomie gouvernementale dans un principe normatif unique. La

souveraineté antérieure des autochtones et l'injustice des principes juridiques qui gouvernent la conquête, la colonisation et la souveraineté, ainsi qu'un droit plus général à l'autodétermination, constituent les fondements du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. L'occupation antérieure du territoire offre un appui supplémentaire au droit des autochtones de gérer leurs terres et de les utiliser. Les traités conclus par les Premières nations et la Couronne attestent que les peuples autochtones s'autogouvernaient et étaient traités en conséquence par l'Angleterre et la France. La justification des droits des minorités culturelles est aussi utile dans la mesure où elle insiste sur l'autonomie culturelle. Lorsque ces perspectives sont intégrées dans les principes d'égalité des peuples sur le fond et sur la forme, elles constituent une série convaincante, voire solide, d'arguments normatifs qui fondent le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale.

NOTES

L'auteur désire témoigner sa reconnaissance envers Alyson Feltes, Karen Knop, Joseph B. Marshall, Steve Munzer, Paula Todd, Mary Ellen Turpel, ainsi qu'aux lecteurs anonymes de la Commission royale, qui l'ont aidé à préparer cette étude.

-
1. Question 1.9.1, Commission royale sur les peuples autochtones, proposition de projet de recherche, *The Philosophical Bases of Aboriginal Self-Government*.
 2. Par justification normative, j'entends un processus de raisonnement qui permet de défendre une réalité sociale, juridique ou politique en invoquant des normes ou des principes de justice.
 3. Question 1.9.2, Commission royale sur les peuples autochtones, proposition de projet de recherche, *The Philosophical Bases of Aboriginal Self-Government*.
 4. Voir en général J. Austin, *The Philosophy of Positive Law* (sous la dir. de R. Campbell, 1911); voir également O. Fiss, «The Varieties of Positivism» (1981) 90 *Yale L.J.* 1007.
 5. Voir le texte accompagnant les notes 47 à 73.
 6. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* 1982, ch. 11 (R.-U.); R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

-
7. En ce qui concerne les recherches en matière d'indéterminisme juridique, voir Robert W. Gordon, «Critical Legal Histories» (1984) 36 *Stan. L. Rev.* 57; Joseph Singer, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory» (1984) 94 *Yale L.J.* 1; Duncan Kennedy, «Legal Formality» (1973) 2 *J. Legal Studies* 351.
 8. Adopté le 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976.
 9. Résolution 217A (III) de l'Assemblée générale, Document des Nations Unies A/77, p. 71 (1948), reproduit dans *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux* 1, Document des Nations Unies ST/HR/Rév.2 (1983).
 10. Voir le texte accompagnant les notes 53 à 57.
 11. David Harvey, *The Condition of Postmodernity: An Inquiry Into the Origins of Cultural Change* (1989), p. 41.
 12. Voir Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (1989). Voir aussi Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity* (1989), p. 22 (nous traitons *tout* — notre langue, notre conscience, notre collectivité — comme un produit du temps et du hasard).
 13. Voir James Clifford, *The Predicament of Culture: Twentieth Century Ethnography, Literature, and Art* (1988); Martha Minow, «Identities» (1991) 3 *Yale J. Law & Humanities* 97. Cf. Jeremy Webber, «Individualité, égalité et différence : raisons justifiant un système judiciaire autochtone parallèle», étude réalisée pour la Table ronde sur les questions judiciaires, Commission royale sur les peuples autochtones (1993), p. 137 (les cultures évoluent, s'adaptent et sont sans cesse l'objet d'interprétation et de réinterprétation).
 14. Voir, p. ex., Teresa Nahanee, «Danser avec un gorille : les femmes autochtones, la justice et la Charte», mémoire rédigé pour la Table ronde sur les questions judiciaires, Commission royale sur les peuples autochtones (1993).
 15. Voir Ruth Anna Putnam, «Justice in Context» (1990) 63 *S. Cal. L. Rev.* 1797, p. 1802 (la politique impose d'avoir des idéaux communs, une conception commune de la justice).

-
16. Pour une évaluation des points forts et des points faibles de la théorie du premier occupant ou de l'occupant antérieur comme fondement normatif ou philosophique à l'affirmation de droits de propriété, voir Lawrence C. Becker, *Property Rights: Philosophic Foundations* (1977), pp. 24 à 31.
17. *Calder c. P.G.C.-B.*, [1973] R.C.S. 313; voir aussi *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, motif du juge Dickson aux pp. 376 à 379 («le titre aborigène [est] un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales»).
18. *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes*, [1980] 1 C.F. 518 (Section de 1^{re} inst.).
19. A.M. Honoré a soutenu qu'une conception «complète» de la propriété comprend, entre autres choses, le droit de gérer des propriétés, c'est-à-dire de décider comment et par qui une chose sera utilisée. Voir A.M. Honoré, «Ownership», dans *Oxford Essays in Jurisprudence* (sous la dir. de A.G. Guest, 1961)107. Pour le point de vue voulant que les droits ancestraux «reconnus et confirmés» par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent non seulement un droit de pêche mais aussi [Traduction] le droit de choisir les personnes qui sont censées recevoir le poisson pour le consommer, en fin de compte, le droit de choisir, l'objet pour lequel le poisson doit être utilisé, c'est-à-dire, à des fins d'alimentation ou de cérémonie, ou la méthode ou la manière de pêcher, ainsi [...] que le droit [...] de suivre les directives des chefs traditionnels de bande pour gérer les pêches, l'endroit où elles se déroulent et la méthode suivie ainsi que le droit de ne pas être tenu de choisir entre un employé ou un représentant du ministère des Pêcheries et les chefs traditionnels du peuple wet'suwet'en.
Voir *R. v. Nikal*, [1991] 1 C.N.L.R. 162 (C.S.C.-B.), motifs du juge Millward.
20. À noter que bien que la notion d'occupation antérieure soit exprimée dans la notion philosophique occidentale, son application à l'occupation de l'Amérique du Nord par les autochtones n'a pas été bien reçue dans la pensée philosophique occidentale. Selon John Locke, notamment :
[Traduction] Il y a encore de *grandes étendues de terres* à découvrir, qui sont laissées en friche, c'est-à-dire que les

habitants qui s'y trouvent n'ont pas encore rejoint le reste de l'humanité dans l'entente sur l'utilisation d'une monnaie commune, et elles valent plus que les personnes qui y demeurent, qui y oeuvrent et qui peuvent en tirer quelque chose de sorte qu'elles soient mises en commun. (John Locke, *Two Treatises on Government*, sous la dir. de P. Laslett, 1963, p. 333)

Locke a soutenu que par «en friche», il entendait non cultivée, c'est-à-dire la terre non occupée ou non possédée et que l'on peut, par conséquent, s'approprier par le biais du travail.

Le publiciste suisse Emmer de Vattel a été encore plus direct :

Il est une autre question célèbre, à laquelle la découverte du nouveau monde a principalement donné lieu. On demande si une Nation peut légitimement occuper quelque partie d'une vaste contrée, dans laquelle il ne se trouve que des peuples errants, incapables, par leur petit nombre, de l'habiter tout entière. [...] ces peuples ne peuvent s'attribuer exclusivement plus de terrain qu'ils n'en ont besoin et qu'ils ne sont en état d'en habiter et d'en cultiver. Leur habitation vague dans ces immenses régions, ne peut passer pour une véritable et légitime prise de possession; et les peuples de l'Europe, trop resserrés chez eux, trouvant un terrain dont les sauvages n'avaient nul besoin particulier et ne faisaient aucun usage actuel et soutenu, ont pu légitimement l'occuper, et y établir des colonies. (Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Paris, Librairie de Guillaumin et C^{ie}, 1863, pp. 493-494)

Le droit n'a pas non plus appliqué les droits du premier occupant à l'occupation autochtone en Amérique du Nord. Son application en Amérique du Nord est gravement restreinte par la fiction juridique du titre sous-jacent de la Couronne, selon lequel la Couronne était l'occupant initial et, par conséquent, propriétaire de l'ensemble des terrains du royaume. Pour une analyse plus approfondie de la relation entre le titre ancestral et le titre de la Couronne, voir Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

21. J.-J. Rousseau, *Discours sur l'inégalité* (Penguin, 1984), p. 109. Voir aussi Immanuel Kant, *La métaphysique de la morale* (traduit par J. Ladd, 1965), pp. 44-56 (la première appropriation de terrains a créé des droits fonciers dans certaines circonstances); G.W.F. Hegel, *Philosophie du droit* (traduit par T.M. Knox, 1942), pp. 37-41 (il y est question du droit d'appropriation sur toutes choses).

-
22. Blackstone, II *Commentaries on the Laws of England* (sous la dir. de E. Christian), pp. 8-9.
23. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974), p. 151. Pour un commentaire, voir David Lyons, «The New Indian Claims and Original Rights to Land», dans *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State, and Utopia* (sous la dir. de J. Paul, 1982), pp. 355-379.
24. Cité dans *Delgamuukw v. British Columbia*, discours d'ouverture des demandereses, 11 mai 1987, rapporté à [1988] 1 C.N.L.R. 14, p. 18.
25. Transcription verbatim officieuse et non vérifiée, 15 mars 1983, citée dans Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984), p. 29.
26. Oren Lyons, «Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights» dans *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (sous la dir. de Boldt et Long, 1985), pp. 19-20.
27. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
28. Georges Erasmus et Joe Sanders, «Canadian History: An Aboriginal Perspective», dans *Nation to Nation: Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada* (sous la dir. de Englestad et Bird, 1992), p. 3.
29. Comme l'a dit le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis :
- [Traduction] le caractère et la religion des habitants [de l'Amérique du Nord] permettaient de les considérer comme un peuple que le génie supérieur européen pouvait regarder de haut. Les potentats du Vieux Monde n'ont eu aucune difficulté à se convaincre qu'ils dédommageaient amplement les habitants du nouveau continent en leur offrant la civilisation et le christianisme en échange d'une indépendance illimitée. (*Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 573 (1823).)
- À noter que le juge en chef Marshall a modifié sa position dans l'arrêt *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515, 543 (1832), lorsqu'il a dit qu'il est difficile de comprendre que celui qui découvrait des terres acquérait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient

antérieurement eu la possession. Les magistrats canadiens et impériaux ont traditionnellement fait fi de l'arrêt *Worcester v. Georgia* en préférant plutôt l'attitude plus restrictive adoptée dans *Johnson v. M'Intosh* : voir, par exemple, *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.). Voir, en général, Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991) 36 *McGill L.J.* 382, 396-414.

Pour des points de vue semblables à ceux qui sont exprimés par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, voir aussi John Westlake, *Chapters on Principles of International Law* (1984), pp. 136 à 138, 141 à 143 (distinction entre la civilisation et le besoin de celle-ci); W.E. Hall, *A Treatise on International Law* 47 (P. Higgins, 8^e éd., 1924) (le droit international ne régit que les États qui ont hérité de cette civilisation); L. Oppenheim, *International Law* 126 (3^e éd., 1920) (le droit des nations ne s'applique pas aux tribus organisées errantes); I.C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* 164 (1922) (les habitants autochtones n'ont pas de droit de contrôle sur le territoire qui soit opposable à l'explorateur européen ou à son monarque).

Pour un traité récent dans lequel il est soutenu que le droit international empêche maintenant l'affirmation de la souveraineté par la colonisation sur les peuples indigènes, voir J. Crawford, *The Creation of States in International Law* (1979), pp. 176 à 181; voir aussi «Western Sahara», [1975] *I.C.J. Rep.* 12, pp. 38 à 40.

30. *Johnson v. M'Intosh*, p. 591.
31. S. James Anaya, «The Capacity of International Law to Advance Ethnic or Nationality Rights Claims» (1990) 75 *Iowa L. Rev.* 837, p. 840.
32. Cité dans Richard Daniel, «The Spirit and Terms of Treaty Eight», dans *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (R. Price, dir., 1987), pp. 94 et 95.
33. Robert Clinton, «The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights» (1990) 32 *Ariz. L. Rev.* 739. Voir aussi Ward Churchill, «Implications of Treaty Relationships Between the United States and Various American Indian Nations», dans Fremont J. Lyden et Lyman H. Legters (dir.), *Native Americans and Public Policy* (Pittsburgh, University of Pittsburgh Press,

-
- 1992), pp. 149-163; Michael Jackson, «The Articulation of Native Rights in Canadian Law» (1984) 18 *U.B.C. L. Rev.* 255.
34. Clinton, «The Rights of Indigenous Peoples», p. 740.
35. Clinton, pp. 744 et 745 (notes enlevées; les soulignés figurent dans l'original).
36. Traité avec les Cherokee en date du 29 décembre 1835, United States-Cherokee Tribe, art. 5, 7 Stat. 478.
37. Reproduit dans A. Guttman, *States' Rights and Indian Removal: The Cherokee Nation v. Georgia* (1965), p. 58.
38. John Danley, «Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities» (critique de Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*) (1991) 20 *Philo. & Pub. Affairs* 168, 183-185.
39. *The Road: Indian Tribes and Political Liberty* (1980), pp. 270 à 287.
40. *The Road*, p. 278.
41. *The Road*, p. 270.
42. *The Road*, p. 270 (les traités constituent une forme de reconnaissance politique et un indice de la distribution consensuelle des pouvoirs entre les tribus et les États-Unis).
43. Voir Evelyn J. Peters, «Federal and Provincial Responsibilities for the Cree, Naskapi, and Inuit Under the James Bay and Northern Québec, and Northeastern Québec Agreements», dans *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles* 173-242 (D. Hawkes, dir., 1989). Voir aussi *Entente de principe entre les Inuits du Nunavut et Sa Majesté du chef du Canada* (Ottawa : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1990).
44. Voir, p. ex., *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.
45. Voir le texte accompagnant les notes 30 à 32.
46. Voir, en général, Edward M. Morgan, «The Imagery and Meaning of Self-Determination» (1988) 20 *N.Y.U. J. Int'l Law* 355; Nathaniel Berman, «Sovereignty in Abeyance: Self-Determination

and International Law» (1988) 7 *Wisc. Int'l L.J.* 51. Voir aussi Mary Ellen Turpel, «Indigenous Peoples' Rights of Political Participation and Self-Determination: Recent International Legal Developments and the Continuing Struggle for Recognition» (1992) 25 *Cornell Int'l L.J.* 579, 592 (l'autodétermination peut se concevoir comme exigeant que chaque peuple distinct sur le plan culturel et historique ait le droit de choisir son statut politique par des moyens démocratiques, sous surveillance internationale, et avec le soutien de la communauté internationale).

47. S. James Anaya, «The Capacity of International Law to Advance Ethnic or Nationality Rights Claims» (1990) 75 *Iowa L. Rev.* 837 à la p. 841. Voir aussi A Cristescu, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments* (1981) aux pp. 117 et 119 (l'autodétermination est le principe le plus important en droit international en ce qui concerne les relations amicales et la coopération entre les États). Mais voir Gerald Fitzmaurice, *The Future of Public International Law and the International Legal System in the Circumstances of Today*, dans Institut de Droit International, *Évolution et Perspectives du Droit International* (1973), p. 233 (sur le plan juridique, la notion de droit légal à l'autodétermination n'a pas de sens).
48. La Charte des Nations Unies, art. 1(2), 26 juin 1945, 1976 Yearbook U.N. 1043 («[I]es buts des Nations Unies sont les suivants : [...] [d]évelopper 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»).
49. Charte des Nations Unies, art. 55.
50. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article premier, ouvert à la signature le 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976).
L'article premier du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* reprend le même article auquel est ajouté le présent paragraphe selon lequel :
«[p]our atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres

moyens de subsistance.» (Ouvert à la signature le 19 décembre 1966, 993 U.N.T.S. 3; entré en vigueur le 3 janvier 1976.)

51. *Namibia*, [1971] I.C.J. 16, p. 31; *Western Sahara*, [1975] I.C.J. 12, p. 31.
52. Voir, en général, Umozurike Oji Umozurike, *Self-Determination in International Law* (1972), pp. 11 à 26.
53. Voir, en général, Van Langenhove, *The Question of Aborigines Before the United Nations: The Belgian Thesis* (Bruxelles, Institut Colonial Royal, 1954).
54. Résolution 1514 de l'Assemblée générale, 15^e session, Documents officiels de l'Assemblée générale, supplément (n^o 16, à la p. 70, Doc. NU A/7218 (1969).
55. Documents officiels de l'Assemblée générale, 15^e session, supplément 16, p. 71.
56. Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities* (Oxford, Clarendon Press, 1991), p. 18. Pour une critique de cette approche dans le contexte des peuples indigènes, voir Russell Lawrence Barsh, «Indigenous Peoples and the Right to Self-Determination in International Law», dans *International Law and Aboriginal Rights* (Hocking, dir., 1988), p. 68.
57. Voir, p. ex., Lung-Chu Chen, «Self-Determination and World Public Order» (1991) 66 *Notre Dame L. Rev.* 1287, 1288 (l'attrait que présente l'autodétermination prend sa source dans la dignité humaine et dans les droits de l'homme, et il est lié au maintien de l'ordre mondial).
58. Lung-Chu Chen, «Self-Determination», p. 1294 (le fondement de l'octroi ou du rejet des exigences d'un groupe ne devrait pas consister à savoir si une situation donnée est «coloniale» ou «non coloniale» ou si la décision aurait pour effet de rapprocher la situation des valeurs de dignité humaine en tant qu'objectif).
59. Cité dans Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*.
60. Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/476/Add.5, Annexe III, 2. Voir aussi Grand Conseil des Cris (du Québec),

Submission: Status and Rights of the James Bay Crees in the Context of Quebec's Secession From Canada (Commission des droits de la personne, 48^e séance, 1992).

61. Voir aussi la déclaration de la Conférence internationale des organisations non gouvernementales sur la discrimination à l'endroit des peuples autochtones des Amériques :
[Traduction]
1. La reconnaissance des nations indigènes. Les peuples indigènes ont droit à la reconnaissance en tant que nations, et en tant que sujets à part entière du droit international à condition que les peuples intéressés voient reconnaître leur désir d'être une nation et qu'ils respectent les caractéristiques fondamentales de la nation : savoir, a) posséder une population permanente b) posséder un territoire défini c) posséder un gouvernement d) pouvoir entrer en relations avec les autres États [..]
 4. Octroi de l'indépendance. Les nations ou groupes indigènes se verront accorder le degré d'indépendance qu'ils souhaitent conformément au droit international. (Document des Nations Unies E/Cn.4/Sub/21986/7.)
62. *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1993/26 (publié le 8 juin 1993) (préparé par le président-rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones).
63. *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*.
64. *Note explicative concernant le projet de déclaration pour les droits des peuples indigènes*, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1 (publié le 19 juillet 1993) (préparé par le président-rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones).
65. Avishai Margalit et Joseph Raz, «National Self-Determination» (1990) 87 *J. Philo.* 439.
66. Margalit et Raz, «National Self-Determination», p. 440.
67. Margalit et Raz soutiennent que ce ne sont pas tous les groupes qui ont un droit à l'autodétermination. À leur avis, ce droit n'est conféré qu'aux groupes qui possèdent des «caractéristiques pertinentes à la justification du droit» («National Self-Determination», p. 443). Vu qu'ils fondent le droit sur une défense utilitaire de la valeur de l'autonomie gouvernementale, ils soutiennent que le droit s'étend à

des groupes importants et dotés d'une présence historique manifeste qui possèdent des caractéristiques et des cultures communes, lesquelles ont des incidences sur l'identité des individus et dans lesquelles l'appartenance est une question de lien et de reconnaissance mutuelle (pp. 443 à 447).

Pour une analyse des droits collectifs et des biens de participation, voir Denise Réaume, «Individuals, Groups, and Rights to Public Goods» (1988) 38 *U.T. L.J.* 1.

Pour de la documentation sur la question de la définition des «peuples» visés par le droit à l'autodétermination, voir Stavengaven, *The Ethnic Question: Conflicts, Development, and Human Rights* (1990), p. 68; Dinstein, «Collective Human Rights of Peoples and Minorities» (1976) 25 *Int'l & Comp. L.Q.* 102.

68. Margalit et Raz, «National Self-Determination», p. 453.
69. Margalit et Raz, «National Self-Determination», p. 453.
70. Voir le texte accompagnant les notes 29 à 31.
71. Voir le texte accompagnant les notes 52 à 56.
72. Le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones obvie à cette préoccupation en définissant le droit à l'autodétermination comme incluant les droits de participation politique au sein de la structure étatique où se trouvent les peuples autochtones, en plus des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autonomie politique. Voir aussi Pomerance, *Self-Determination Today: The Metamorphosis of an Ideal* ([Traduction] «cette complexité ne peut être traitée que grâce à une démarche souple selon laquelle l'autodétermination est un continuum de droits, une pléthore de solutions possibles, plutôt qu'un droit absolu et rigide à l'autodétermination "externe" sous la forme d'une indépendance absolue»). Toutefois, une redéfinition positiviste de la portée du droit à l'autodétermination dans cette ligne n'élimine pas la nécessité de justifier cette définition sur le plan normatif. La question demeure posée : pourquoi les peuples autochtones auraient-ils le droit de s'autogouverner et d'être autonomes *tout en ayant* aussi le droit de continuer à participer aux structures politiques dont ils cherchent à se distancer? Une réponse à cette question ne peut pas seulement se trouver dans l'affirmation d'un droit souple, positiviste et international à l'autodétermination; il faut s'en remettre aux principes de justice qui appuient normalement cette position.

-
73. Alan C. Cairns, *Charter Versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform* (1992), p. 35.
74. (U.K.) 30 & 31 Vict., c. 3. Voir aussi l'*Acte du Manitoba*, S.R.C. 1970, App. II, No. 8.
75. *Ibid.*
76. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 23, 27. Voir, en général, Cairns, *Charter Versus Federalism*, pp. 62 à 95; Patrick Monahan, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987); David J. Elkins, «Facing Our Destiny: Rights and Canadian Distinctiveness» (1989) 22 *C.J.P.S.* 699; Thomas R. Berger, «Towards the Regime of Tolerance», dans *Political Thought in Canada: Contemporary Perspectives* 83-96 (Stephen Brooks, dir., 1984).
77. Charte des Nations Unies, art. 13, 55, 57 et 73.
78. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 U.N.T.S. 277 (entrée en vigueur le 12 janvier 1961). L'article II définit le génocide comme «l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel». Pour des liens entre la notion de génocide et le sort réservé aux Indiens d'Amérique, voir Lyman H. Legters, «The American Genocide», dans *Native Americans and Public Policy* (sous. la dir. de Fremont J. Lyden et Lyman H. Legters, 1992), pp. 101-112.
79. *La Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*, proclamée par la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture à sa quatorzième session, le 4 novembre 1966, reproduite dans *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux*, Document des Nations Unies ST/HR/1/Rev.3 (1988), p. 410.
80. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, art. 2, par. 2, ouverte à la signature le 7 mars 1966, 660 U.N.T.S. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969).
81. *The Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, Conventions and Recommendations Adopted by the International*

Labour Conference, 1919-66 (Genève, BIT, 1966), pp. 901 et 909.
Le Canada n'est pas partie à la Convention.

82. *Ibid.*, par. 2(1), 2(2).
83. Pour une évaluation de la Convention de l'OIT, voir Thornberry, *International Law*, pp. 334 à 368. Voir aussi Martinez-Cobo, *Analytical Compilation of Existing Legal Instruments and Proposed Draft Standards Relating to Indigenous Rights*, Document des Nations Unies M/HR/86/36, Annexe V, pour un résumé des observations présentées par les groupes indigènes faisant une critique très vive de la Convention pour un certain nombre de motifs.
84. *Révision partielle*, Rapport IV(2A), 8.
85. En fait, le Canada a fait observer sur ce point que l'utilisation du terme «peuples» dans le projet de convention «n'impliquait pas le droit à l'autodétermination, telle qu'elle est comprise en droit international et que cette position ne visait pas à porter préjudice à l'obtention d'une plus grande autonomie pour les peuples indigènes au niveau national». (*Révision partielle*, Rapport IV(2A), p. 9.)
86. *Ibid.*, préambule.
87. Pour une analyse plus poussée, voir Robert A. Williams, «Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World» (1990) *Duke L.J.* 660, pp. 668 et 669 :
- [Traduction] le droit international en matière des droits de la personne, et les normes y afférentes ont fini par assumer un rôle plus autoritaire, voire contraignant, sur les acteurs mondiaux. Les affirmations des États de la communauté internationale selon lesquelles les abus perpétrés contre les droits de la personne qui touchent leurs citoyens relèvent exclusivement de leur compétence nationale sont devenues plus difficiles à soutenir. Différents mécanismes officiels et officieux se sont montrés capables de corriger des pratiques abusives des États, lorsque ceux-ci violent les textes et les normes internationales en matière de droits de la personne. Selon Wanton, ceux qui violent les normes juridiques internationales en paient souvent le prix puisqu'ils sont de plus en plus isolés. Les occasions d'une importance vitale pour les échanges économiques culturels sont souvent

limitées par la communauté internationale en réaction aux abus commis par les États souverains à l'encontre des droits de la personne de leurs propres citoyens [...] [R]ares sont les gouvernements qui souhaitent activement avoir un statut de paria dans la communauté internationale.

Mais voir Robert Laurence, «Learning to Live With the Plenary Power of Congress Over the Indian Nations» 30 *Ariz. L. Rev.* 413, 428 ([Traduction] «Ce n'est pas le droit international public qui va mettre du pain sur la table des Amérindiens»).

88. Voir le texte accompagnant les notes 4 à 15.
89. Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (1989). Pour des commentaires, voir C. Kukathas, «Are There Any Cultural Rights?» (1992) 20 *Political Theory* 105; Danley, «Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities»; Don Lenihan, «Liberalism and the Problem of Cultural Membership: A Critical Study of Kymlicka» 4 *Can. J. Law & Juris.* 401. Pour ce point de vue selon lequel :
- [Traduction] le partage des pouvoirs entre un gouvernement fédéral et des sous-unités territoriales avec des majorités politiques homogènes sur le plan ethnique est une solution peu vraisemblable au nationalisme ethnique, à moins qu'il n'y ait des lois et des institutions qui protègent les droits individuels et minoritaires, qui garantissent à chaque groupe ethnique une voix égale sur la scène publique nationale et qui créent une allégeance directe des citoyens au régime dans son ensemble,
- voir Robert Howse et Karen Knop, «Federalism and the Limits of Ethnic Accommodation: A Canadian Perspective» (1993) *New Europe L. Rev.*
90. John Rawls, *A Theory of Justice* (1971).
91. Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, p. 187.
92. Cité dans Jules Deschenes, *Proposition concernant une définition du terme «minorité»*, Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1985/31, au par. 33.
93. Deux définitions du terme «minorité» semblent rechercher l'attention internationale. La première est proposée par le rapporteur spécial Capotorti :

Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres — ressortissants de l'État — possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langage. (*Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7.)

La deuxième est proposée par Jules Deschenes :

[Traduction] [Une minorité est un] groupe de citoyens d'un État, qui est en minorité numérique et en position non dominante dans cet État, et jouit de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes de celles de la majorité de la population qui ont un sens de solidarité entre elles, ne serait-ce qu'implicitement, par une volonté collective de survie et dont le but est d'atteindre l'égalité avec la majorité en fait et en droit. (*Proposition de définition du terme «minorité»*, Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1985/31, par. 181.)

94. Ces idées sont étudiées de façon approfondie dans Macklem, «Distributing Sovereignty: Indian Nations and Equality of Peoples» (1993) 45 *Stanford L. Rev.* 1311. À noter que les principes d'égalité auxquels je fais référence s'appliquent à des personnes et non pas à des individus, et qu'il s'agit de principes normatifs et non pas de principes juridiques.
95. Voir, par exemple, Aristote, *Éthique à Nicomaque* (*Nichomachean Ethics*, vol. V, livre 3, lignes 1131a10 à b15).
96. Voir, par exemple, Thomas Nagel, *Equality and Partiality* (1991), p. 12.
97. Voir, par exemple, Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Clams» (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681 (le droit à la vie et à la subsistance fondamentale fonde le droit à l'autonomie gouvernementale).