
La protection des droits des peuples autochtones et de leurs membres dans les Amériques

Carol Hilling*

Cet article porte sur le *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*, dont la première version a été adoptée le 18 septembre 1995 par la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme.

Tout d'abord, l'auteure cerne le contexte duquel émane le *Projet de Déclaration interaméricaine*, en traitant du système interaméricain des droits de la personne à travers les normes de protection énoncées dans la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme* ainsi que dans la *Convention américaine relatives aux droits de l'Homme*, et à travers les recours à la Commission interaméricaine. Elle note que les droits individuels des Autochtones dans les Amériques y sont protégés, mais de manière très incomplète.

Ensuite, l'auteure s'attarde au rôle de la Commission interaméricaine dans l'évolution du système interaméricain des droits de la personne, ainsi que dans l'élaboration d'une déclaration des droits des peuples autochtones. En outre, l'auteure discute de l'évolution de la valeur juridique de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*, un précédent important pour le *Projet de Déclaration interaméricaine*.

De surcroît, l'auteure procède à une analyse critique de la protection accordée aux peuples autochtones dans le *Projet de Déclaration interaméricaine*. Elle souligne la formulation ambiguë du préambule, élabore sur cet instrument, et soutient qu'il ne reflète pas la réalité autochtone. En outre, l'auteure signale que la structure même de l'O.É.A. ne facilite pas la participation autochtone au *Projet de Déclaration interaméricaine*. L'auteure expose ainsi les lacunes du *Projet de Déclaration interaméricaine* concernant les peuples autochtones.

Enfin, l'auteure discute des obstacles propres au système interaméricain, notamment l'absence de représentation des organisations non gouvernementales et la nécessité de créer un groupe de travail sur les peuples autochtones afin de concrétiser leur participation, essentielle au *Projet de Déclaration interaméricaine*.

En définitive, l'auteure soutient que le *Projet de Déclaration interaméricaine*, tel qu'il est, ne reflète pas la position de tous les États de l'O.É.A. et encore moins les aspirations des peuples autochtones, et qu'il faut se méfier des répercussions que pourrait avoir un tel instrument sur le *Projet de Déclaration des Nations Unies*.

This article focuses on the *Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, the first version of which was adopted on September 18, 1995 by the Inter-American Commission on Human Rights. The author first outlines the context which gave rise to the *Draft Declaration*. She discusses the inter-American system of human rights through the norms of protection set forth in the *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, as well as in the *American Convention on Human Rights*, and through the various recourses to the Inter-American Commission. She notes that, in the Americas, the individual rights of Indigenous peoples are protected — but only very incompletely.

The author considers the role of the Inter-American Commission in the evolution of the inter-American system of human rights, and in the creation of a declaration of Indigenous peoples' rights. Moreover, she discusses the evolution of the legal value of the *American Declaration*, an important precedent for the *Draft Declaration*.

The author then proceeds with a critical analysis of the protection afforded Indigenous peoples in the *Draft Declaration*. She highlights the ambiguous wording of the preamble, elaborates on the instrument, and notes that it does not reflect Indigenous reality. Furthermore, she notes that the O.A.S. structure does not facilitate Indigenous participation in the *Draft Declaration*. She, thus, exposes the deficiencies of the *Draft Declaration* concerning Indigenous peoples.

Finally, the author discusses the obstacles inherent in the inter-American system, notably the lack of representation of non-governmental organisations and the need to create a working group on Indigenous peoples in order to give concrete expression to their participation, which is essential to the *Draft Declaration*.

In conclusion, the author notes that the *Draft Declaration* in its present form does not reflect the position of all the member states of the O.A.S. and is even less responsive to the aspirations of Indigenous peoples, and attention should be paid to the repercussions such a document could have on the *United Nations Draft Declaration*.

* LL.B., LL.M. Avocate-conseil chez Hutchins, Soroka & Dionne. Chargée de cours en droit international public, Faculté de droit, Université de Montréal.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1996

Mode de référence : (1996) 41 R.D. McGill 855

To be cited as: (1996) 41 McGill L.J. 855

Sommaire

Introduction

I. La situation actuelle : le système interaméricain de protection des droits de la personne

A. Les normes et les recours

1. Les normes de protection : la *Déclaration américaine* et la *Convention américaine*
 - a. *La Déclaration américaine*
 - b. *La Convention américaine*
2. Le recours à la Commission interaméricaine

B. Le rôle de la Commission interaméricaine dans l'évolution du système interaméricain

1. L'évolution empirique des compétences de la Commission interaméricaine
2. L'évolution de la valeur juridique de la *Déclaration américaine* : un précédent important

II. Les perspectives d'avenir : le *Projet de Déclaration interaméricaine*

A. La protection envisagée à la lumière du texte proposé

1. Les limites posées par les États dans le préambule
2. Les lacunes du texte préparé par la Commission interaméricaine
 - a. *La non-reconnaissance du statut des peuples autochtones*
 - b. *La non-reconnaissance du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes*
 - c. *Une autonomie limitée*
 - d. *La négation des peuples au profit des frontières internationales*
 - e. *La reconnaissance des droits collectifs limités*
 - f. *Le caractère aléatoire des garanties spéciales contre la discrimination*
 - g. *Les dispositions ambiguës en ce qui concerne le «droit autochtone» ainsi que le statut et l'usage des langues autochtones*
 - h. *L'insuffisance des dispositions relatives à la propriété intellectuelle*
 - i. *La protection des traités, ententes et autres arrangements*

B. Les obstacles propres au système interaméricain

1. L'absence de représentation des organisations non gouvernementales
2. La nécessité d'un groupe de travail sur les peuples autochtones

Conclusion

Introduction

Le 18 septembre 1995, la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme («Commission interaméricaine») adoptait la première version d'un *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*¹, à l'issue d'un processus de consultation débuté en 1989. Ainsi, l'histoire semble se répéter. En effet, le premier instrument juridique général de protection des droits de la personne dans les Amériques, la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*², a été adoptée quelques mois à peine avant l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*³. Toutefois, aujourd'hui, le texte intégral du *Projet de Déclaration des droits des peuples autochtones des Nations Unies*⁴ est entre crochets, ce qui signifie qu'au moins un État s'oppose au libellé actuel de chacune des dispositions du projet. On peut s'attendre à ce que le projet interaméricain se concrétise avant le projet onusien. Contrairement au projet de l'Organisation des Nations Unies («O.N.U.»), celui de l'Organisation des États américains («O.É.A.») est éminemment gouvernemental. La participation autochtone y a été, jusqu'à présent, limitée et ce, en grande partie, en raison de difficultés propres à l'O.É.A. Le texte même de la première version rédigée par la Commission interaméricaine soulève de nombreuses questions. À la lumière de la faible participation autochtone, on est en lieu de se demander s'il ne reflète pas davantage la perception qu'ont les États des peuples autochtones vivant à l'intérieur de leurs frontières plutôt que celle que ces peuples ont d'eux-mêmes, de leur passé, de leur présent et de leur avenir⁵.

Avant de se pencher sur la première version du *Projet de Déclaration interaméricaine*, il convient de la situer dans son contexte. Les Amériques ont leur propre système régional de protection des droits et libertés de la personne et, en sa qualité de

¹ OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Doc. off. OÉA/Ser.L/V/II.90/doc. 14 rev. 1 (1995) [ci-après *Projet de Déclaration interaméricaine*].

² OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, 43 A.J.I.L. Supp. 133, OÉA Doc. off. OÉA/Ser. L/V/II.23/doc. 21 rev. 6 (1949) [ci-après *Déclaration américaine*] aussi reproduit dans OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, Doc. off. OÉA/Ser.L/V/II.82 doc. 6 rev. 1 (1992) à la p. 18 [ci-après *Basic Documents*].

³ Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., Supp. n° 13, p. 71, Doc. NU A/810 (1948) [ci-après *Déclaration universelle*].

⁴ 23 août 1993, Doc. NU E/CN.4/Sub. 2/29 (1993) à la p. 50, (1994) 1 C.L.N.R. 40, (1994-95) 4 *Recherches amérindiennes au Québec* 78 [ci-après *Projet de Déclaration des Nations Unies*].

⁵ Il est à noter qu'au moment où cet article allait sous presse, nous avons appris l'existence d'un projet de déclaration rédigé par des Autochtones. En mai dernier, le *Council of Energy Resources Tribes* et la *International Organization of Indigenous Resource Development*, ont organisé une conférence à Denver, au Colorado. À cette occasion, plus de 150 représentants autochtones ont étudié et révisé le *Projet de Déclaration interaméricaine* préparé par la Commission interaméricaine. Intitulé «Denver Draft», ce texte a été soumis à la Commission interaméricaine dans le cadre du processus de consultation.

membre de l'O.É.A., le Canada en fait partie. Dans le cadre de ce système, les Autochtones du Canada bénéficient, d'ores et déjà, de la protection garantie aux termes de la *Déclaration américaine* et de recours devant la Commission interaméricaine, située à Washington. De plus, la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme («Cour interaméricaine») peut exercer sa compétence consultative à l'égard du Canada.

Il est également essentiel de comprendre le rôle que la Commission interaméricaine a joué jusqu'à présent dans l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne, tant au plan institutionnel qu'au plan normatif. Le précédent créé par la *Déclaration américaine* pourrait avoir une incidence sur l'évolution de la valeur juridique du *Projet de Déclaration interaméricaine*.

L'étude du texte proposé par la Commission interaméricaine révèle un certain nombre de lacunes et d'ambiguïtés qui s'expliquent, au moins en partie, par la façon dont ce texte a été préparé. Il faut aussi tenir compte des obstacles propres à l'O.É.A., qui distinguent nettement le *Projet de Déclaration interaméricaine* du *Projet de Déclaration des Nations Unies*. Avant même de se demander comment améliorer le texte du *Projet de Déclaration interaméricaine*, il y a lieu de réfléchir aux lacunes du système interaméricain et d'envisager les améliorations à apporter à la structure même du processus engagé au sein de la Commission interaméricaine.

I. La situation actuelle : le système interaméricain de protection des droits de la personne

À l'heure actuelle, les droits individuels des Autochtones des Amériques sont protégés, quoique de manière très incomplète, en vertu des règles générales pour la protection des droits individuels des personnes humaines, applicables dans les États membres de l'O.É.A. Le système interaméricain de protection des droits de la personne n'est pas davantage conçu pour protéger les droits des peuples autochtones et de leurs membres que le système onusien. Il est bâti essentiellement selon le modèle européen ; il protège les droits individuels de toute personne, qu'elle soit autochtone ou non. Deux institutions, la Commission interaméricaine et la Cour interaméricaine, sont chargées de veiller à la mise en oeuvre des obligations des États membres de l'O.É.A. Ces obligations sont énoncées dans deux instruments juridiques principaux : la *Déclaration américaine*⁶ et la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*⁷, cette dernière ayant été complétée par une convention et deux protocoles additionnels⁸.

⁶ *Supra* note 2.

⁷ *American Convention on Human Rights*, 22 novembre 1969, Doc. off. OÉA/Ser. K/XVII/1.1/doc. 65 rev. 1, 9 I.L.M. 673, S.T.O.E.A. n° 36 (entrée en vigueur 18 juillet 1978) [ci-après *Convention américaine*].

⁸ Voir : OÉA, Assemblée générale, 15^e sess., *Resolution 783 (XU-0/85) Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*, Doc. off. OÉA/Ser/P/AG/doc.2023/85 rev. 1 (1985) à la p. 46, 25 I.L.M. 519, S.T.O.E.A. n° 67 [ci-après *Convention pour la prévention de la torture*] ; *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural*

A. Les normes et les recours

1. Les normes de protection : la *Déclaration américaine* et la *Convention américaine*

a. La *Déclaration américaine*

La *Déclaration américaine* juxtapose droits et devoirs. Son chapitre premier énonce sensiblement les mêmes droits que la *Déclaration universelle* adoptée quelques mois plus tard, c'est-à-dire les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels. Les droits civils et politiques, consacrés dans la *Déclaration américaine*, sont essentiellement les mêmes que ceux qui ont été ultérieurement énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹, auxquels s'ajoutent le droit à la nationalité¹⁰, le droit de propriété¹¹ et le droit d'asile¹².

La *Déclaration américaine* comporte également quelques dispositions qui reflètent des réalités latino-américaines, en ce qui concerne la protection contre la détention arbitraire et le droit à la justice. Elle consacre l'obligation pour les États d'offrir un recours simple et rapide en cas de violation d'un droit constitutionnellement garanti¹³. En Amérique latine, cette exigence trouve une réponse dans l'*amparo*, l'*habeas corpus* et le *mandado de segurança*, trois recours bien antérieurs à l'adoption de la *Déclaration américaine*. L'*habeas corpus* est apparu au Brésil en 1832, au Costa Rica en 1871 et dans les autres pays à compter de 1930¹⁴. Il permet de faire contrôler la légalité d'une détention ou d'une arrestation. En outre, l'*amparo* est une institution introduite en Amérique latine par le Mexique en 1841, pour protéger les droits garantis dans la loi constitutionnelle contre toute atteinte de la part des autorités¹⁵. Enfin, le *mandado de segurança* est le pendant brésilien de l'*amparo*, introduit dans la Constitution¹⁶ en 1934 pour permettre aux particuliers de contester la violation, par les autorités administratives, des droits constitutionnellement garantis.

Rights, 14 novembre 1988, S.T.O.E.A. n° 69, 28 I.L.M. 156 [ci-après *Protocole de San Salvador*] ; *Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty*, 8 juin 1990, S.T.O.E.A. n° 73, OÉA AG/Rés. 1042, 29 I.L.M. 1442 (en vigueur 28 août 1991) [ci-après *Protocole relatif à l'abolition de la peine de mort*].

⁹ 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47 [ci-après *Pacte des droits civils et politiques*].

¹⁰ Voir *Déclaration américaine*, *supra* note 2, art. 19.

¹¹ Voir *ibid.*, art. 23.

¹² Voir *ibid.*, art. 27.

¹³ Voir *ibid.*, art. 18.

¹⁴ Voir J. Lambert et A. Gandolfi, *Le système politique de l'Amérique latine*, Paris, Presses universitaires de France, 1987 à la p. 278.

¹⁵ Voir P.P. Camargo, «L'«amparo» au Mexique et en Amérique Latine comme instrument de protection des droits de l'homme» (1968) 1 R.D.H. 332.

¹⁶ Voir Constitution brésilienne de 1934 citée dans Lambert et Gandolfi, *supra* note 14 à la p. 278.

La *Déclaration américaine*¹⁷ énonce également un certain nombre de droits qui ont été repris dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁸. Toutefois, ces dispositions sont considérées comme des principes d'application progressive, et non pas comme des normes contraignantes¹⁹. Leur caractère programmatore est maintenu dans le *Protocole de San Salvador*²⁰. Les obligations incombant aux États membres de l'O.É.A. en ce qui a trait aux droits économiques, sociaux et culturels ne peuvent pas être plus étendues en vertu de la *Déclaration américaine* qu'elles ne le sont en vertu de la *Convention américaine*, qui reflète l'état du droit international en la matière. Par conséquent, nonobstant le caractère contraignant acquis par la *Déclaration américaine*, ses dispositions relatives aux droits économiques, sociaux et culturels demeurent d'application progressive.

La protection des droits de la personne, consacrée dans la plupart des textes internationaux, n'est pas à l'abri de restrictions. Elle peut sembler encore plus vulnérable aux termes de la *Déclaration américaine*, en raison de la liste de devoirs énumérés au deuxième chapitre. Cette liste comporte les devoirs envers la société, notamment le devoir de voter²¹ et de payer les impôts fixés par la loi²² ; les devoirs des parents envers les enfants et des enfants envers leurs parents²³ (comme les devoirs d'assistance et d'éducation) ; les devoirs envers soi-même, notamment le devoir de s'instruire²⁴, et le devoir de travailler pour subvenir à ses besoins²⁵ ; le devoir de s'abstenir d'activités politiques en pays étranger²⁶.

Cette énumération de devoirs reprend ceux qui étaient déjà énoncés dans plusieurs constitutions latino-américaines au moment de l'adoption de la *Déclaration américaine*. Les devoirs envers la nation, c'est-à-dire le devoir de prendre les armes pour la défendre, ou encore de respecter et de protéger la constitution, ont été les premiers à

¹⁷ *Supra* note 2.

¹⁸ 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1976 n° 46 [ci-après *Pacte des droits économiques*].

¹⁹ Voir F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 à la p. 174.

²⁰ Les États parties au présent Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme s'engagent à adopter les mesures nécessaires, qu'elles soient de nature interne ou qu'elles relèvent de la coopération entre États, tout particulièrement dans les domaines économique et technique, *selon les ressources disponibles et compte tenu de leur degré de développement, pour parvenir progressivement*, et conformément à la législation interne, à assurer le plein exercice des droits reconnus dans le présent Protocole (*Protocole de San Salvador, supra* note 8, art. 1 («Obligation d'adopter des mesures»)) [nos italiques].

²¹ Voir *Déclaration américaine, supra* note 2, art. 32.

²² Voir *ibid.*, art. 36.

²³ Voir *ibid.*, art. 30.

²⁴ Voir *ibid.*, art. 31.

²⁵ Voir *ibid.*, art. 37.

²⁶ Voir *ibid.*, art. 38.

apparaître dans les textes constitutionnels à la fin du dix-neuvième siècle²⁷. Puis, au début du vingtième siècle, vinrent s'ajouter le devoir de s'instruire, le devoir de travailler, le devoir d'assistance et d'éducation des enfants²⁸. Aujourd'hui, une dizaine de constitutions comportent une déclaration des devoirs et obligations des particuliers, dont plusieurs à caractère économique et social²⁹. Bien entendu, la Constitution cubaine est encore plus explicite et, au chapitre des devoirs des parents envers leurs enfants, par exemple, elle consacre notamment celui de les préparer à être de bons citoyens socialistes³⁰. La constitutionnalisation des devoirs des citoyens n'est donc pas un phénomène isolé en Amérique latine. À ce titre, la *Déclaration américaine* n'a fait que consacrer, au plan régional, des obligations souvent préexistantes au niveau national.

Soulignons que la corrélation entre les droits et les devoirs des particuliers est maintenue dans la *Convention américaine*³¹, ainsi que dans le *Projet de Déclaration interaméricaine*. Cependant, en posant les devoirs de l'individu comme une norme distincte, on crée la possibilité d'une opposition entre un droit et un devoir et le risque que le devoir prime.

b. La Convention américaine

Comme nous l'avons mentionné, la *Convention américaine* est le second instrument général de protection des droits de la personne dans les Amériques. Elle ne lie que les États qui l'ont ratifiée, ce qui n'est pas le cas du Canada. Néanmoins, cette convention a pour particularité la possibilité de donner à la Cour interaméricaine une compétence consultative qui n'est pas limitée aux États parties³². La demande d'avis peut émaner soit d'un État membre, soit de la Commission interaméricaine, au sujet de la compatibilité des lois et des projets de loi des États membres avec leurs obligations

²⁷ Voir, par exemple, la Constitution argentine de 1866 et la Constitution brésilienne de 1891 citées dans Lambert et Gandolfi, *supra* note 14 à la p. 241.

²⁸ L'instruction primaire obligatoire est apparue très tôt dans les Constitutions du Costa Rica, du Guatemala, d'Haïti, du Honduras, du Pérou et du Salvador (voir Lambert et Gandolfi, *ibid.* aux pp. 240 et s.).

²⁹ Voir, par exemple, les constitutions suivantes : *Constitución de la República de Costa Rica*, art. 93, (devoir de suffrage) reproduite dans A.P. Blaustein et G.H. Flanz, dir., *Constitutions of the Countries of the World*, vol. 5, New York, Dobbs Ferry, 1996 ; *Constitution de la Bolivie*, art. 28 (respect de la Constitution) dans *ibid.*, vol. 2 ; *Constitución Política de la República de Chile*, art. 22 (droits et obligations constitutionnelles) dans *ibid.*, vol. 4 ; *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*, Titre II (droits devoirs et garanties) dans *ibid.*, vol. 6 ; *Constitución Política de la República de Guatemala*, art. 135, 136 (droits et devoirs civils et politiques) dans *ibid.*, vol. 7 ; *Constitución Política del Perú*, chap. 8 (devoirs) dans *ibid.*, vol. 15 ; *Constitution of the Republic of Venezuela*, Titre III (droits, devoirs et garanties), dans *ibid.*, Supplément.

³⁰ Voir *Constitución de la República de Cuba*, dans *ibid.*, vol. 5, art. 37-39.

³¹ Voir *Convention américaine*, *supra* note 7, art. 32 :

(1) Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité.

(2) Les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique.

³² Voir *Convention américaine*, *ibid.*, art. 64.

internationales en matière de protection des droits de la personne³³, même si l'État visé n'a pas ratifié la *Convention américaine*³⁴. En outre, la compétence de la Cour inter-américaine n'est pas limitée à l'interprétation de la *Convention américaine*, mais elle inclut tout autre traité relatif à la protection des droits de la personne liant les États membres de l'O.É.A. Par contre, les obligations énoncées dans la *Déclaration américaine* s'imposent à tous les États membres de l'O.É.A., du seul fait de leur ratification de la *Charte de l'Organisation des États Américains*³⁵.

La *Convention américaine* comporte quatre-vingt-deux articles, répartis en onze chapitres, garantissant des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Un premier chapitre énonce l'obligation des États parties de respecter les droits reconnus dans la *Convention américaine* et de prendre les mesures nécessaires pour leur donner effet en droit interne, «sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale»³⁶.

Le deuxième chapitre est consacré aux droits civils et politiques. L'article 3 garantit le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique et l'article 4, le droit à la vie³⁷. En 1985, la *Convention pour la prévention de la torture*³⁸ est venue préciser les dispositions de l'article 4 de la *Convention américaine* qui interdisait la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants. Elle prévoit notamment l'extradition des auteurs du crime de la torture, même en l'absence de traité d'extradition entre les États concernés³⁹. De plus, le fait d'avoir agi sur ordre d'un supérieur n'exonère pas l'auteur des actes de torture de sa responsabilité pénale⁴⁰. Enfin, le *Protocole relatif à l'abolition de la peine de mort*⁴¹ a été adopté le 30 juin 1990. Aux

³³ Voir *The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Rights (Uruguay)* (1986), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-6/86, Sér. A n° 6, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1985*, OÉA/Ser. L/V/III.12/doc. 13 (1985) 15.

³⁴ *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention (art. 74 and 75) (Commission interaméricaine)* (1982), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC/2-82, Sér. A n° 2, para. 14-16, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1983*, OÉA/Ser. L/V/III.9/doc. 13 (1983) 31 [ci-après *The Effect of Reservations*] ; "Other Treaties" *Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights) (Pérou)* (1982), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-1/82, Sér. A n° 1, para. 17, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1983*, OÉA/Ser. L/V/III.9/doc. 13 (1983) 13.

³⁵ (telle qu'amendée), 30 avril 1948, 179 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1990 n° 23 [ci-après *Charte de l'O.É.A.*].

³⁶ *Convention américaine*, supra note 7, art. 1.

³⁷ Voir *ibid.*, art. 3, 4.

³⁸ Supra note 8. Entrée en vigueur le 28 février 1987, au 1^{er} janvier 1992, elle avait été ratifiée par les onze États suivants : Argentine, Brésil, Chili, République dominicaine, Guatemala, Mexique, Panama, Paraguay, Pérou, Suriname et Venezuela (voir *Basic Documents*, supra note 2 à la p. 90).

³⁹ Voir *Convention pour la prévention de la torture*, *ibid.*, art. 11.

⁴⁰ Voir *ibid.*, art. 4.

⁴¹ Supra note 8. Au 17 janvier 1995, il n'avait été ratifié que par trois États : Panama, Uruguay et Venezuela. Le Brésil, le Costa Rica et l'Équateur sont signataires (voir *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1995*, OÉA/Ser.L/V/III.33/doc. 4 (1996) 180).

termes de ce Protocole les États parties s'engagent à abolir la peine de mort sur leur territoire. Le Protocole ne peut faire l'objet d'aucune réserve, sauf en ce qui concerne les crimes très graves, de nature militaire, commis en temps de guerre⁴².

L'énumération se poursuit avec le droit à l'intégrité de la personne ; l'interdiction de l'esclavage et de la servitude ; le droit à la liberté de la personne, ce qui comprend le droit de faire vérifier par un tribunal compétent la légalité de son arrestation ou de sa détention. À ce sujet, la *Convention américaine* prévoit expressément que ce recours peut être exercé «par l'intéressé lui-même ou par toute autre personne»⁴³. Dans ce deuxième chapitre, on trouve également les garanties judiciaires, le principe de la légalité et de la non-rétroactivité des lois, le droit au dédommagement en cas d'erreur judiciaire, la protection de l'honneur et de la dignité de la personne, la liberté de conscience, de religion, de pensée et d'expression⁴⁴ ; soulignons le droit d'une personne offensée par la publication de données inexacts ou diffamatoires à son sujet de faire publier sa rectification ou réponse⁴⁵. La Cour interaméricaine a reconnu le lien étroit entre ce droit et la liberté d'expression, mais elle a signalé aux États parties que la liberté d'expression ne peut jamais être interprétée si largement qu'elle nie le droit de réponse ou de correction⁴⁶. Toujours au titre des droits civils et politiques, sont consacrés le droit de réunion, la liberté d'association, la protection de la famille, le droit à un nom et à une nationalité⁴⁷, le droit de l'enfant à la protection que requiert sa condition, le droit à la propriété privée⁴⁸, le droit de déplacement et de résidence, les droits politiques, l'égalité devant la loi et le droit à la protection judiciaire⁴⁹.

Le troisième chapitre de la *Convention américaine* est composé d'un article unique énonçant l'engagement des États parties au titre des droits économiques, sociaux et culturels. Le *Protocole de San Salvador*⁵⁰ a été adopté le 17 novembre 1988, pour donner effet à l'article 26 de la *Convention américaine*. Notons que la violation de certains droits en matière syndicale, tels le droit de réunion en syndicat ou d'association professionnelle, le droit de choisir du syndicat, ainsi que la violation du droit à l'éducation

⁴² Voir *Protocole relatif à l'abolition de la peine de mort, ibid.*, art. 2.

⁴³ *Convention américaine, supra note 7*, art. 7(6).

⁴⁴ Voir *ibid.*, art. 8-13.

⁴⁵ Voir *ibid.*, art. 14(1).

⁴⁶ Voir *Enforceability of the Right to Reply or Correction (Arts. 14(1), 1(1) and 2 American Convention on Human Rights) (Costa Rica)* (1985), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-7/85, Sér. A n° 7, para. 25, 25 I.L.M. 142.

⁴⁷ Voir *Convention américaine, supra note 7*, art. 15-18, 20. Contrairement au *Pacte des droits civils et politiques, supra note 9*, ce droit n'est pas uniquement le droit de l'enfant (*Convention américaine, ibid.*, art. 24) mais celui de toute personne (voir *ibid.*, art. 18-20).

⁴⁸ Voir *Convention américaine, ibid.*, art. 21. Ce droit ne figure pas dans le *Pacte des droits civils et politiques, ibid.*

⁴⁹ Voir *Convention américaine, ibid.*, art. 14-25.

⁵⁰ *Supra note 8*. Il n'est pas encore en vigueur et au 22 janvier 1996, seuls l'Équateur, Panama, le Pérou et le Suriname l'avaient ratifié.

donnent ouverture au système des communications individuelles à la Commission interaméricaine⁵¹.

Le quatrième chapitre de la *Convention américaine* porte sur la suspension des garanties, ainsi que sur l'interprétation et son application. De plus, la *Convention américaine* comporte une clause fédérale qui soulève certaines questions pour le Canada car elle a été interprétée de façon très restrictive par la Commission interaméricaine⁵².

Le cinquième chapitre de la *Convention américaine* comporte un seul article intitulé «corrélation entre droits et devoirs», semblable aux devoirs des particuliers énoncés dans la *Déclaration américaine*⁵³. Cette disposition clôt la première partie de la *Convention américaine*, consacrée aux obligations des États et aux droits protégés. Les articles suivants établissent les organes de contrôle de la mise en œuvre de la *Convention américaine* et fixent les modalités de son entrée en vigueur.

Les trois chapitres composant la deuxième partie de la *Convention américaine* établissent les organes compétents pour l'interpréter et l'appliquer, c'est-à-dire la Cour interaméricaine et la Commission interaméricaine. La troisième et dernière partie est consacrée aux dispositions concernant la signature, la ratification, les réserves, la modification de la *Convention américaine* et sa dénonciation. Par exemple, bien qu'il soit possible de faire des réserves à la *Convention américaine*⁵⁴, celles-ci doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité, conformément aux dispositions de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁵⁵. Ainsi, la Cour interaméricaine a déclaré qu'une réserve visant à permettre à son auteur de suspendre l'application d'un des droits consacrés au paragraphe 27(2) de la *Convention américaine*, qui bénéficient d'une protection absolue, serait incompatible avec l'objet et le but de la Convention⁵⁶. La *Convention américaine* est muette sur l'acceptation des réserves, mais la Cour interaméricaine a précisé que l'instrument de ratification ou d'adhésion renfermant une telle réserve entrera en vigueur dès son dépôt, sans que la réserve ne doive être acceptée par les autres États, ce que justifie le caractère particulier des instruments de protection des droits de la personne⁵⁷.

⁵¹ Voir *Convention américaine*, *supra* note 7, art. 8(a), 13, en vertu du *Protocole de San Salvador*, *ibid.*, art. 19.

⁵² Voir *Case 10.180 (Mexique)* (1991), Comm. Interam. D.H. Rés. n° 8/91, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 1990-1991*, OÉA/Ser.LN/II.79/doc. 12 rev. 1 (1991) 237. Voir C. Hilling, *Le système interaméricain de protection des droits de la personne et l'adhésion du Canada à l'OEA*, thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1992 [non publiée] [ci-après *Le système interaméricain de protection*].

⁵³ Voir *supra* note 17 et texte correspondant.

⁵⁴ *Supra* note 7, art. 75 : «Des réserves ne peuvent être faites sur la présente Convention qu'en conformité des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités souscrite le 23 mai 1969».

⁵⁵ 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 19 et s.

⁵⁶ Voir *Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights (Commission interaméricaine)* (1983), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-3/83, Sér. A n° 3, para. 59.

⁵⁷ Voir *The Effect of Reservations*, *supra* note 34, para. 29.

2. Le recours à la Commission interaméricaine

En vertu de la *Charte de l'O.É.A.*, la Commission interaméricaine est l'organe chargé de la promotion et de la protection des droits de la personne⁵⁸. Le Statut de la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme⁵⁹ précise que les obligations de tous les États membres sont énoncées dans la *Déclaration américaine* et qu'à ces obligations de base s'ajoutent celles qui découlent de la *Convention américaine* pour les États qui l'ont ratifiée⁶⁰.

La compétence de la Commission interaméricaine pour recevoir des plaintes individuelles est obligatoire. Autrement dit, elle n'a pas à être reconnue expressément par les États membres car cette reconnaissance découle implicitement de la ratification de la *Charte de l'O.É.A.* Soulignons dès maintenant que, même si l'expression «communications individuelles» est employée, en réalité ces communications peuvent émaner de particuliers, de groupes ou d'organisations reconnues dans les États membres⁶¹. À titre d'exemple, toute personne, ou tout groupe s'estimant victime d'une violation par le Canada, d'un ou de plusieurs droits garantis en vertu de la *Déclaration américaine* peut, après avoir épuisé les recours que leur offrent les tribunaux canadiens, déposer une plainte auprès de la Commission interaméricaine. La communication peut également être adressée par une organisation non gouvernementale au nom des victimes. La procédure est écrite et confidentielle.

La Commission interaméricaine établit tout d'abord la recevabilité de la plainte en vérifiant si elle répond aux conditions énoncées dans ses règlements⁶². Tout d'abord, la communication doit être complète, c'est-à-dire que l'auteur de la communication et l'État en cause sont identifiés et les faits à l'origine de la violation alléguée sont relatés avec suffisamment de détails. Il n'est pas essentiel d'indiquer à quel article de la *Déclaration américaine* se rapporte la violation alléguée, mais la Commission interaméricaine devra avoir suffisamment de renseignements pour le déterminer. Si la communication est incomplète, elle ne sera pas nécessairement déclarée irrecevable, mais la Commission interaméricaine surseoirà sa décision en attendant d'avoir les renseignements complémentaires. La communication doit également comprendre la preuve que les recours nationaux ont été épuisés.

La règle de l'épuisement préalable des recours locaux est une règle fondamentale du droit international qui présume que les tribunaux nationaux sont en mesure de protéger les droits des personnes sur le territoire de l'État. Les instances internationales

⁵⁸ Voir *Charte de l'O.É.A.*, *supra* note 35, art 11, 150.

⁵⁹ *Statute of the Inter-American Commission on Human Rights*, reproduit dans *Basic Documents*, *supra* note 2 à la p. 93 [ci-après *Statut de la Commission interaméricaine*].

⁶⁰ Voir *ibid.*, art. 1.

⁶¹ Voir *Regulations of the Inter-American Commission on Human Rights*, reproduit dans *Basic Documents*, *supra* note 2 à la p. 112, art. 26 [ci-après *Règlements de la Commission interaméricaine*].

⁶² Voir *Règlements de la Commission interaméricaine*, *ibid.*, art. 35.

n'interviennent donc, en principe, que si la victime d'une violation n'a pas pu obtenir satisfaction dans l'ordre juridique interne. Toutefois, le droit international fixe certaines conditions qui doivent être remplies par les tribunaux nationaux, sinon la règle de l'épuisement des recours internes peut être écartée. On retrouve ces règles et leurs exceptions dans le système interaméricain de protection des droits de la personne. Ainsi, si la législation nationale ne prévoit pas de processus judiciaire pour la protection des droits dont la violation est alléguée, ou encore si la victime se voit refuser l'accès aux tribunaux ou a été empêchée d'épuiser les recours internes, l'application de la règle de l'épuisement sera écartée.

Soulignons que la Cour interaméricaine a jugé que si la victime présumée ne dispose pas des moyens financiers nécessaires pour se prévaloir des recours internes, l'exception à la règle de l'épuisement s'applique⁶³. Par exemple, si le Canada, ce qui inclut les provinces, n'est pas en mesure de fournir une assistance juridique adéquate pour toute personne s'estimant victime d'une violation d'un droit garanti dans les chartes et lois de protection des droits de la personne, les personnes ou groupes concernés pourront adresser leur plainte à la Commission interaméricaine, sur la base de la *Déclaration américaine*, et demander à bénéficier de l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes.

Enfin, l'accès direct à la Commission interaméricaine pourra être permis en cas de délai injustifié pour obtenir un jugement final. Par jugement final, on entend un jugement rendu par la plus haute instance judiciaire, c'est-à-dire la Cour suprême du Canada. La Commission interaméricaine pourrait fort bien décider que la durée des procédures judiciaires au Canada est trop longue et accorder le bénéfice de l'exception à un requérant qui est en mesure d'établir que la longueur des procédures constitue, en soi, une violation du droit à un recours simple et rapide.

Si l'on applique tout ce qui précède aux peuples autochtones, cela signifie qu'ils peuvent, eux-mêmes, ou par le biais de leurs organisations, saisir la Commission interaméricaine s'ils s'estiment victimes d'une ou de plusieurs violations de droits garantis dans la *Déclaration américaine*. Cependant, la *Déclaration américaine* ne contient aucune disposition visant spécifiquement les Autochtones. Cela n'a pas empêché, par le passé, la Commission interaméricaine de conclure à la violation de certaines de ces dispositions, notamment à l'égard des Indiens yanomamis au Brésil, du fait de la construction d'une autoroute à travers leur territoire ainsi que de multiples incursions dévastatrices de la part de prospecteurs miniers⁶⁴. Cependant, les preuves flagrantes de décimation des Yanomamis par la maladie, d'invasion de leur territoire, de destruction de leur organisation sociale ancestrale et de meurtre, permettaient aisément de conclure à

⁶³ Voir *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies* (Art. 46(1), 46(2)(a) and 46(2)(b) *American Convention on Human Rights*) (Colombie) (1990), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-11/90, Sér. A n° 10, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1990*, OÉA/Ser. L/V/III.23/doc. 12 (1990) 37.

⁶⁴ Voir C. Hilling, «Les peuples autochtones et la Commission interaméricaine des droits de l'Homme» 24 :4 (1994) *Recherches amérindiennes au Québec* 37 à la p. 41.

la violation de plusieurs dispositions de la *Déclaration américaine*. Par contre, la *Déclaration américaine* ne contient aucune disposition protégeant les droits ancestraux et issus de traités. Tout au plus protège-t-elle le droit de prendre part à la vie *culturelle* de la communauté. En d'autres termes, il faut, à l'heure actuelle, être en mesure de proposer à la Commission interaméricaine une interprétation large et libérale des dispositions de la *Déclaration américaine*. C'est dans ce contexte que se situe le *Projet de Déclaration interaméricaine*.

Les particuliers et les groupes n'ont pas accès à la compétence consultative de la Cour interaméricaine. Néanmoins, les peuples autochtones peuvent toujours tenter de convaincre la Commission interaméricaine de demander un avis à la Cour interaméricaine sur une question donnée. Il faut que la question posée relève de la compétence de la Commission interaméricaine et que celle-ci ait un intérêt légitime dans la question⁶⁵. En outre, la Cour interaméricaine refusera de répondre à une demande d'avis qui vise à influencer le processus législatif interne à des fins partisans⁶⁶ ou encore qui l'amènerait à se prononcer sur un litige qui ne lui a pas été soumis⁶⁷.

Avant même de se pencher sur la première version du *Projet de Déclaration interaméricaine*, il convient de bien comprendre le rôle que la Commission interaméricaine a joué dans l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne. La Commission interaméricaine a eu une incidence directe sur l'évolution de la valeur juridique de la *Déclaration américaine*, ce qu'on ne peut ignorer dans une réflexion sur le *Projet de Déclaration interaméricaine*. De surcroît, certaines limites inhérentes à l'O.É.A. empêchent la pleine participation des Autochtones à l'élaboration d'un instrument juridique les concernant. Il faut savoir qu'il n'y a aucune ressemblance entre le processus d'élaboration du *Projet de Déclaration interaméricaine* et celui du *Projet de Déclaration des Nations Unies*.

B. *Le rôle de la Commission interaméricaine dans l'évolution du système interaméricain*

1. L'évolution empirique des compétences de la Commission interaméricaine

L'idée d'une déclaration des droits des peuples autochtones est venue de la Commission interaméricaine, organe de l'O.É.A. chargé de la promotion et de la protection des droits de la personne, officiellement depuis 1967, mais dans les faits, depuis 1960. En effet, la Commission interaméricaine a été créée en 1959, lors de la cinquième

⁶⁵ Voir *The Effect of Reservations*, supra note 34 à la p. 8.

⁶⁶ Voir *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica (Costa Rica)* (1984), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-4/84, Sér. A n° 4 à la p. 95.

⁶⁷ Voir *Compatibility of Draft Legislation with Article 8(2)(h) of the American Convention on Human Rights (Costa Rica)* (1991), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-12/91, Sér. A n° 12, para. 28, *Annual Report of the Inter-American Commission of Human Rights 1991*, OÉA/Ser.L/V/III.25/doc. 7 (1991) 114.

Réunion de consultation des ministres des affaires étrangères des États membres de l'O.É.A., en dépit de l'absence de pouvoirs de ces ministres en la matière⁶⁸. Le 25 mai 1960, le Conseil de l'O.É.A. approuvait le *Statut de la Commission interaméricaine*, alors qu'en principe, l'Assemblée générale seule est habilitée à déterminer la structure et les fonctions des organes de l'Organisation⁶⁹. Ce n'est qu'en 1967, lors de la modification de la *Charte de l'O.É.A. de 1948* par le *Protocole de Buenos Aires*⁷⁰ que la Commission interaméricaine fut officiellement reconnue comme étant un organe de l'O.É.A.⁷¹. Cette évolution empirique du statut et du rôle de la Commission interaméricaine dans les premières années, légitimée par la consécration ultérieure de la Commission interaméricaine en tant qu'organe de l'O.É.A., a créé un précédent dans l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne. Ainsi en témoigne l'évolution de la valeur juridique de l'instrument de base dans les Amériques, la *Déclaration américaine*, étroitement liée à l'évolution de la compétence de la Commission interaméricaine⁷².

En 1948, la neuvième conférence interaméricaine adopte la Charte créant l'Organisation des États américains⁷³. Cette Charte a un triple but : la solution pacifique des différends, la sécurité collective du continent et son développement économique. Cependant, les droits de la personne n'y occupent pas une place importante. L'engagement de respecter les droits fondamentaux de l'Homme sans distinction de race, de nationalité, de religion ou de sexe, figure au nombre des principes sur lesquels est fondée l'O.É.A.⁷⁴, mais sans que soit précisée la nature de ces droits fondamentaux. Notons toutefois qu'une grande attention est accordée au développement économique, social et culturel⁷⁵. Bien qu'en 1945, la Conférence interaméricaine sur les problèmes de la guerre et de la paix eût préconisé l'adoption d'une convention relative à la protection des droits de la personne, les divergences entre les États à ce sujet, en particulier l'opposition des États-Unis, ont fait obstacle à sa consécration dans un instrument con-

⁶⁸ En effet, aux termes des art. 52 et 60 de la *Charte de l'O.É.A.*, *supra* note 35, la Conférence des ministres des affaires étrangères est un organe purement consultatif, sans aucun pouvoir décisionnel.

⁶⁹ Voir le document d'origine de la *Charte de l'Organisation des États Américains*, 30 avril 1948, 119 R.T.N.U., 2 U.S.T. 2394, 46 A.J.I.L. Supp. 49 [ci-après *Charte de l'O.É.A. de 1948*].

⁷⁰ Voir *Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States*, 21 U.S.T. 607.

⁷¹ Voir *Charte de l'O.É.A.*, *supra* note 35.

⁷² En 1889, la Première Conférence internationale des États américains créait l'Union internationale des Républiques américaines, à des fins exclusivement commerciales. Dès lors s'engageait un processus de consultations et de négociations qui aboutissait, en 1945, à la Conférence interaméricaine sur les problèmes de la guerre et de la paix. Au cours de cette conférence, la structure de la communauté des États américains est établie. De plus, les participants se prononcent en faveur d'un système régional de protection des droits de la personne (voir C. Garcia Bauer, *Los Derechos Humanos en America*, Guatemala, C.A., 1987 aux pp. 59-60).

⁷³ Voir *Charte de l'O.É.A. de 1948*, *supra* note 69.

⁷⁴ Voir *Charte de l'O.É.A.*, *supra* note 35, art. 3(k) : «Les États américains réaffirment les principes suivants : [...] k) Les États américains proclament les droits fondamentaux de la personne humaine sans aucune distinction de race, de nationalité, de religion ou de sexe».

⁷⁵ Voir *Charte de l'O.É.A.*, *ibid.*, art. 43-50.

ventionnel⁷⁶. C'est donc une simple résolution qu'approuve la neuvième Conférence interaméricaine, soit la Résolution intitulée *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*⁷⁷, qui est devenue la pierre angulaire du système interaméricain de protection des droits de la personne. La Conférence approuve également une charte interaméricaine des garanties sociales⁷⁸ qui proclame les droits économiques et sociaux, mais qui ne connaîtra pas d'évolution semblable à celle de la Résolution XXX.

2. L'évolution de la valeur juridique de la *Déclaration américaine* : un précédent important

À l'origine, la *Déclaration américaine* n'a aucune force contraignante, comme le confirmait le Comité interaméricain de juristes dès 1949⁷⁹. Elle se contente de proposer un catalogue de droits et de devoirs à consacrer dans une convention ultérieure et elle ne comporte aucun mécanisme de mise en œuvre. Il faudra attendre vingt ans pour que soit adoptée une convention et, entre-temps, la valeur de la *Déclaration américaine* évoluera de concert avec la compétence de la Commission interaméricaine. Aujourd'hui, la *Déclaration américaine* est considérée par la Cour interaméricaine comme faisant partie du système normatif applicable aux États membres de l'O.É.A.⁸⁰.

⁷⁶ Voir : D. Forsythe, «Human Rights, the United States and the Organization of American States» (1991) 13 Hum. Rts. Q. 66 à la p. 77 ; H. Gros Espiell, «The Organization of American States (OAS)» dans K. Vasak, dir., *The International Dimensions of Human Rights*, Westport, Greenwood, 1982, 443 à la p. 447.

⁷⁷ *Supra* note 2.

⁷⁸ Voir *Inter-American Charter of Social Guarantees*, Rés. XXIX, adoptée lors de la neuvième Conférence interaméricaine (1948), reproduite dans *The Organization of American States and Human Rights (1960-1967)*, Washington, General Secretariat of the OAS, 1972, 573.

⁷⁹ Voir Comité interaméricain de juristes, *Recomendaciones e informes, 1949-1953* (1955) qui écrit :

It is evident that the Declaration of Bogota does not create a contractual juridical obligation, but it is also clear that it demonstrates a well defined orientation towards the international protection of the fundamental rights of the human person (*ibid.* à la p. 107).

⁸⁰ Voir *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights (Colombie)* (1989), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-10/89, Sér. A n° 10, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1989*, OÉA/Ser.L/V/III.21/doc. 14 (1989) 109, 29 I.L.M. 378 [ci-après *Interpretation of the American Declaration*] :

For the member states of the Organization, the Declaration is the text that defines the human rights referred to in the Charter. Moreover Articles 1(2)(b) and 20 of the Commission's Statute define the competence of that body with respect to the human rights enunciated in the Declaration, with the result that to this extent the American Declaration is for these States a source of international obligation related to the Charter of the Organization (*ibid.* au para. 45).

Voir également P. Nikken, «La fuerza obligatoria de la Declaracion americana de los derechos y deberes del hombre» (1988) 34 Rev. Derecho público 27.

En 1989, la Colombie demanda à la Cour interaméricaine quel était le statut juridique de la *Déclaration américaine* et si l'article 64 de la *Convention américaine* autorisait la Cour interaméricaine à l'interpréter⁸¹. Conformément à l'article 52 des *Règlements de la Cour interaméricaine*⁸², tous les États membres de l'O.É.A. furent invités à soumettre un mémoire présentant leur opinion sur ces questions. Cinq d'entre eux répondirent, soit le Costa Rica, les États-Unis, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela. De plus, le Costa Rica et les États-Unis présentèrent des plaidoiries orales.

Selon le gouvernement du Costa Rica, la Cour interaméricaine n'était pas compétente pour interpréter la *Déclaration américaine* puisqu'il ne s'agissait pas d'un traité au sens de l'article 64 de la *Convention américaine*⁸³. Toutefois, ajouta-t-il, cette déclaration pouvait constituer une source d'interprétation d'autres instruments juridiques relatifs à la protection des droits de la personne car plusieurs de ses dispositions sont devenues des normes obligatoires de droit international coutumier⁸⁴.

Le gouvernement des États-Unis et celui du Venezuela soutinrent que la *Déclaration américaine* n'avait pas été conçue comme un instrument juridique obligatoire. Le gouvernement américain se dit d'avis qu'elle posait des principes de base et des engagements généraux dont doivent s'inspirer les États membres, mais elle ne leur imposait aucune obligation juridique⁸⁵. Il ajouta que donner une valeur contraignante à la *Déclaration américaine* affaiblirait le droit international des traités⁸⁶. Les États-Unis s'étaient opposés à l'adoption d'un instrument contraignant de protection de droits de la per-

⁸¹ Voir *Interpretation of the American Declaration*, *ibid.*

⁸² Voir *supra* note 62.

⁸³ Voir *Interpretation of the American Declaration*, *supra* note 80 au para. 11 :

[N]otwithstanding its great success and nobility, the American Declaration of the Rights and Duties of Man is not a treaty as defined by international law, so Article 64 of the American Convention does not authorize the Inter-American Court to interpret the Declaration. Nevertheless, that could not in any way limit the Court's possible use of the Declaration and its precepts to interpret other, related juridical instruments or a finding that many of the rights recognized therein have become international customary law.

⁸⁴ Voir *ibid.* au para. 18.

⁸⁵ Voir *ibid.* au para. 12. Selon les États-Unis : «The American Declaration of the Rights and Duties of Man represents a noble statement of the human rights aspirations of the American States». Selon le Venezuela :

[A]s a general principle recognized by international law, a declaration is not a treaty in the true sense because it does not create juridical norms, and it is limited to a statement of desires and exhortations [...]

The Government recognizes that the Declaration is not a treaty in the strict sense. The Court will surely ratify this position, and it should also decide that it is not competent to interpret the American Declaration [...] (*ibid.* au para. 15).

⁸⁶ Voir *ibid.* au para. 17 : «The United States must state, with all due respect, that it would seriously undermine the established international law of treaties to say that the Declaration is legally binding».

sonne en 1945⁸⁷. Il n'est donc pas surprenant qu'ils continuent de nier le caractère obligatoire de la *Déclaration américaine*.

Selon le Pérou, la *Déclaration américaine* avait acquis le même statut que la *Convention américaine* en vertu de l'article 29 de cette dernière, selon lequel la Convention ne doit pas être interprétée de façon à nier ou restreindre la portée de la *Déclaration américaine*⁸⁸. Le gouvernement de l'Uruguay, de son côté, soutint que la *Déclaration américaine* était un instrument juridique contraignant, cristallisant des normes de droit coutumier acceptées par les États d'Amérique et, qu'en conséquence, la Cour interaméricaine était compétente pour l'interpréter⁸⁹.

La Cour interaméricaine n'a pas retenu les arguments des États s'opposant à la valeur contraignante de la *Déclaration américaine* et elle ne s'est pas prononcée sur sa valeur coutumière. Elle a conclu que si ce n'était pas un traité au sens de l'article 64 de la *Convention américaine*, néanmoins, l'article 29 de la *Convention américaine* en préservait toute la portée⁹⁰. Même si la *Déclaration américaine* était, à l'origine, une simple résolution, il convenait, selon la Cour interaméricaine, d'en rechercher la valeur juridique dans le contexte actuel, en tenant compte de son évolution depuis son adoption, conformément aux principes d'interprétation posés par la Cour internationale de justice⁹¹. Ainsi, même si la *Charte de l'O.É.A.* n'énumère pas les droits fondamentaux qu'elle proclame, ses articles 111 et 150⁹² chargent la Commission interaméricaine de les promouvoir et de les protéger. Aux termes de l'article 2 du *Statut de la Commission*

⁸⁷ Voir *supra* note 78.

⁸⁸ Voir *Interpretation of the American Declaration*, *supra* note 80 au para. 13 :

[A]lthough the Declaration could have been considered an instrument without legal effect before the American Convention on Human Rights entered into force, the Convention has recognized its special nature by virtue of Article 29 which prohibits any interpretation "excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man or other international acts of the same nature may have" and has thus given the Declaration a hierarchy similar to that of the Convention with regard to the State Parties, thereby contributing to the promotion of human rights in our Continent.

⁸⁹ Voir *ibid.* au para. 14 :

The juridical nature of the Declaration is that of [a] binding multilateral instrument that enunciates, defines and specifies fundamental principles recognized by American States and which crystallizes norms of customary law generally accepted by those States.

⁹⁰ Aux termes de l'article 29 de la *Convention américaine*, *supra* note 7 :

Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme : [...] d) supprimant ou limitant les effets que peut avoir la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme et tous autres actes internationaux de même nature.

⁹¹ Voir *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Ordonnance du 26 janvier 1971, [1971] C.I.J. Rec. 16 au para. 37.

⁹² *Supra* note 35, art. 111 (ancien art. 112 de la *Charte de l'O.É.A. de 1948*, *supra* note 69) et art. 150.

interaméricaine⁹³, les droits qu'elle doit protéger sont ceux qui sont énoncés dans la *Déclaration américaine*. De plus, le *Statut de la Commission interaméricaine*, tel que modifié après l'entrée en vigueur de la *Convention américaine*, conserve cette disposition tout en ajoutant les droits énoncés dans la Convention. À la lumière de cette évolution, la Cour interaméricaine conclut que la *Déclaration américaine* renferme l'énoncé des droits fondamentaux dont il est question dans la *Charte de l'O.É.A.*⁹⁴. Elle exprime les obligations internationales incombant aux États membres de l'O.É.A. en matière de droits et libertés de la personne, qui leur seront opposables par la Commission interaméricaine en vertu des articles 1(2)(b) et 20 de son Statut⁹⁵. D'ailleurs, plusieurs résolutions de l'Assemblée générale de l'O.É.A. reconnaissent que la *Déclaration américaine* est source d'obligations juridiques pour les membres de l'Organisation⁹⁶. De plus, les États membres de l'O.É.A. manifestent leur acceptation tacite de la valeur juridique de la *Déclaration américaine* chaque fois qu'ils transmettent à la Commission interaméricaine des renseignements sur les mesures prises pour la mettre en oeuvre dans l'ordre juridique national⁹⁷.

Soulignons que le Canada ne pourrait soulever les mêmes objections que les États-Unis car, au moment où il est devenu membre de l'O.É.A., la Cour interaméricaine avait déjà confirmé le caractère obligatoire de la *Déclaration américaine*. Le Canada est présumé avoir eu connaissance de toutes les obligations découlant de la ratification de la *Charte de l'O.É.A.*

Cette évolution de la valeur juridique de la *Déclaration américaine* revêt une importance particulière lorsqu'on sait que le projet en cours au sein de l'O.É.A. est un Projet de Déclaration. Cet instrument n'aura, à l'origine, aucune valeur contraignante pour les États membres, mais rien n'empêche qu'il l'acquière ultérieurement. On peut certes envisager que, forts de l'expérience de la *Déclaration américaine*, les États membres de l'O.É.A. soient prudents et évitent de poser des gestes susceptibles de contribuer à une évolution de la valeur juridique de la future déclaration américaine des droits des peuples autochtones. De plus, le faible nombre d'États ayant répondu au

⁹³ *Supra* note 59.

⁹⁴ Voir *Interpretation of the American Declaration*, *supra* note 80, para. 43.

⁹⁵ Voir *ibid.* au para. 45.

⁹⁶ Voir OÉA, Assemblée générale, *Résolution AG/Res 314 (VII-0/77)*, citée par la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme dans *Interpretation of the American Declaration*, *ibid.* au para. 42. Cette résolution charge la Commission interaméricaine de préparer une étude des obligations des États membres aux termes de la Déclaration. Voir aussi OÉA, Assemblée générale, *Résolution AG/Res. 370 (VIII-0/78)*, citée par la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, *ibid.*, dans laquelle l'Assemblée générale de l'O.É.A. réitère son engagement à promouvoir le respect de la *Déclaration américaine* ainsi que des obligations internationales de ses membres.

⁹⁷ À ce sujet, voir dans les rapports annuels de la Commission interaméricaine le chapitre intitulé *Information Provided by Certain Governments of the Member States of the OAS on the Progress Made in Achieving the Objectives Set Forth in the American Declaration of the Rights and Duties of Man and in the American Convention on Human Rights*.

questionnaire de la Commission interaméricaine⁹⁸ n'en fait pas, pour l'instant, un instrument très représentatif des positions gouvernementales. Il faudra voir combien d'États votent en faveur de son adoption. Il ne faudrait toutefois pas oublier que si la *Déclaration américaine* a connu une telle évolution, c'est avant tout grâce à la Commission interaméricaine.

II. Les perspectives d'avenir : le *Projet de Déclaration interaméricaine*

En 1989, acceptant une proposition de la Commission interaméricaine, l'Assemblée générale de l'O.É.A. demandait à cette dernière de préparer un instrument juridique relatif aux droits des peuples autochtones, en vue de son adoption en 1992. La Commission interaméricaine déterminait elle-même sa méthode de travail, qui fut approuvée lors de la quatre-vingtième réunion de la Commission interaméricaine en 1991⁹⁹. Ce n'est qu'en 1992 que la Commission interaméricaine entama la première ronde de consultations¹⁰⁰.

La première étape des travaux de la Commission interaméricaine a consisté en la préparation d'un questionnaire qui fut envoyé aux gouvernements des pays membres de l'O.É.A. et à certaines organisations autochtones internationales comme le Conseil mondial des peuples autochtones. La Commission interaméricaine s'attendait à ce que les gouvernements eux-mêmes consultent les peuples et organisations autochtones à l'intérieur de leurs frontières respectives. On constate que, dès le début, la consultation est essentiellement gouvernementale, la participation des peuples autochtones étant tributaire de la volonté des États.

Le questionnaire était divisé en trois parties. La première partie portait sur les droits et garanties individuels qui devraient être inclus dans une déclaration des droits des peuples autochtones, compte tenu des droits déjà garantis dans la *Convention américaine* ainsi que dans la *Déclaration américaine*. La future déclaration devait-elle reprendre les droits déjà garantis en les appliquant spécifiquement aux membres des peuples autochtones et même aller au-delà en abordant des questions auxquelles ne répondent pas ces deux instruments ?

La deuxième partie du questionnaire portait sur les droits collectifs des peuples autochtones. On y sollicitait, notamment, l'avis des répondants sur le droit des peuples autochtones à la reconnaissance des caractéristiques qui les distinguent de la population

⁹⁸ Sur les 35 États membres de l'O.É.A., 11 seulement ont répondu au questionnaire de la Commission (voir *infra* note 102).

⁹⁹ Voir OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Annual Report of the Inter-American Commission : 1991*, Doc. off. OÉA/Ser.L/II.81/doc. 6 rev. 1 (1992) à la p. 282.

¹⁰⁰ Voir OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *First Consultation on the Content of a Future Inter-American Legal Instrument on the Rights of Indian Peoples: Questionnaire about Topics Pertaining*, Doc. off. OÉA/Ser.L/V/II.81/doc. 54, rev. 1 (1992) [ci-après *First Consultation*].

nationale et à ce que ce caractère distinct soit reflété dans les institutions publiques ; le droit à la protection et au développement des structures économiques, des institutions et des modes de vie traditionnels ; le droit à l'autonomie en matière de développement économique ; les droits fonciers et l'obligation corrélatrice du gouvernement de protéger les terres autochtones et les modes juridiques traditionnels de propriété et d'usage des terres ; les droits relatifs au développement culturel et à la propriété intellectuelle. On y envisageait également la reconnaissance de droits linguistiques et religieux, ainsi qu'en matière de droits d'éducation et de protection de la famille. Il n'y était nullement question du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, mais simplement du droit à un certain contrôle de leurs affaires internes dans le cadre constitutionnel établi par l'État. Enfin, on y abordait la question du respect des traités entre gouvernements et peuples autochtones, ainsi que celle des droits des peuples séparés par des frontières internationales.

La troisième partie du questionnaire portait sur les données nationales pertinentes. La Commission interaméricaine demandait aux États de lui fournir tout exemple de législation nationale, y compris les dispositions constitutionnelles, de mesures administratives ou autres, ainsi que de traités ou accords avec des peuples autochtones, susceptible de lui être utile dans la préparation de la future déclaration interaméricaine¹⁰¹.

Le 12 mars 1993, la Commission interaméricaine publiait les résultats de la première ronde de consultations dans son rapport annuel¹⁰². Les gouvernements suivants avaient répondu au questionnaire : Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Guatemala, Mexique, Panama, Pérou, Sainte-Lucie et Venezuela. Les États-Unis n'ont pas répondu au questionnaire, se contentant de réserver leur jugement quant à la pertinence d'un instrument juridique relatif aux droits des peuples autochtones. Ils préféraient attendre de connaître les réponses des autres États membres et d'avoir une idée plus précise de la portée qu'aurait l'instrument envisagé¹⁰³. Les organisations autochtones canadiennes suivantes ont également répondu au questionnaire : l'Assemblée des Premières Nations, le Grand Conseil des Cris, l'Association du Barreau autochtone du Canada, le Conseil mondial des peuples autochtones et Inuit Tapirisat du Canada.

À la suite de ces réponses, la Commission interaméricaine a rédigé un premier projet dont nous ne proposons pas, ici, une analyse détaillée. Nous tenons, toutefois, à souligner quelques lacunes et ambiguïtés importantes qui mettent en relief la nécessité de ralentir le processus en cours et l'importance de véritables consultations des peuples autochtones¹⁰⁴.

¹⁰¹ Voir *First Consultation*, *ibid.* à la p. 6.

¹⁰² Voir OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on the First Round of Consultations Concerning the Future Inter-American Legal Instrument on Indigenous Rights*, dans *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 1992-1993*, OÉA/Ser.L/V/II.83/Doc.14 rev. 1 (1993) aux pp. 263-310 [ci-après *Report on the First Round of Consultations*].

¹⁰³ Voir *ibid.* à la p. 266.

¹⁰⁴ Sous réserves des remarques concernant l'évolution du processus de consultation, *supra* note 5.

A. *La protection envisagée à la lumière du texte proposé*

1. Les limites posées par les États dans le préambule

Dès le préambule du *Projet de Déclaration interaméricaine*, le ton est donné. Le préambule qui, rappelons-le, fera partie intégrante du texte final et servira à l'interprétation du corps de la future déclaration en énonçant l'intention des États, ne reflète pas la réalité autochtone.

Les États membres de l'O.É.A. rappellent que les peuples autochtones des Amériques constituent un groupe distinct et organisé, faisant partie intégrante de la population de l'État. Le libellé du préambule du *Projet de Déclaration interaméricaine* est ambigu. Il ressort toutefois du reste du texte que l'on n'envisage pas la reconnaissance d'un statut distinct, ce qui semble répondre aux préoccupations de certains des gouvernements qui ont rempli le questionnaire et qui craignent que la future déclaration interaméricaine ne crée des privilèges pour les peuples autochtones et leurs membres. Cela semble également refléter la position de pays qui, comme le Venezuela, ne reconnaissent qu'un seul peuple, constitué de l'ensemble de la population.

De plus, selon le libellé actuel du préambule du *Projet de Déclaration interaméricaine*, les peuples autochtones ont un rôle particulier à jouer pour le renforcement des institutions de l'État et la promotion de l'unité nationale fondée sur des principes démocratiques. On peut se demander ce que signifie cette dernière phrase. Entend-on, dans le *Projet de Déclaration interaméricaine*, imposer des devoirs et des obligations aux peuples autochtones en ce qui concerne l'unité nationale ? Le préambule d'un instrument juridique énonce le contexte dans lequel l'instrument a été élaboré ainsi que les buts et objectifs de ceux qui l'ont adopté, à la lumière desquels le texte est interprété. En Amérique latine, par exemple, le bénéfice des dispositions de la future *Déclaration interaméricaine* risque fort d'être refusé à des peuples autochtones accusés à tort d'aider des forces rebelles. Au Canada, une telle phrase dans le préambule de cette Déclaration pourrait être opposée, par exemple, aux revendications des peuples autochtones concernant leur statut, dans le contexte d'une éventuelle accession du Québec à la souveraineté.

On rappelle également, dans le préambule, que certaines institutions démocratiques et notions consacrées dans la constitution des États américains sont inspirées des institutions autochtones. L'origine de ces institutions et notions est-elle expressément reconnue dans les lois constitutionnelles ? S'agit-il plutôt d'une tentative des gouvernements des États membres de l'O.É.A. de se donner les moyens de prétendre que les lois constitutionnelles incorporent déjà implicitement les institutions autochtones et que, par conséquent, aucune autre mesure en ce sens n'est nécessaire ? Toutefois, en Amérique latine, il y a un fossé très profond entre les dispositions constitutionnelles protégeant les droits et libertés et la réalité¹⁰⁵. N'eût été de ce fossé, certaines chartes des

¹⁰⁵ Voir *Le système interaméricain de protection*, supra note 52.

droits et libertés pourraient nous faire pâlir d'envie. L'absence de *forum* public de discussion du *Projet de Déclaration interaméricaine* ne permet pas d'obtenir les précisions nécessaires.

On prétend, en outre, selon les termes du préambule, que dans bien des cas, le propre processus décisionnel des Autochtones, axé sur la participation des membres, contribue au renforcement de la démocratie dans les Amériques. Que veut-on dire par là ? Où, dans les Amériques, respecte-t-on réellement le processus décisionnel autochtone ?

Soulignons également la mention de la démilitarisation des territoires autochtones, prévue uniquement «là où la présence des forces armées strictement dans l'exercice de leurs fonctions n'est pas nécessaire»¹⁰⁶. On peut se demander qui pourra vérifier si cette présence est véritablement nécessaire. En Amérique latine, il y a de multiples exemples de présence militaire dans les régions autochtones car certains gouvernements croient que les peuples autochtones viennent en aide aux forces rebelles, que cette croyance soit fondée ou non. On peut aisément prévoir que les gouvernements invoqueront la souveraineté de l'État et l'interdiction d'intervenir dans ses affaires internes pour se réserver le droit exclusif de décider si la présence des forces armées est nécessaire ou non.

L'affirmation de l'universalité et de la non-divisibilité des droits de la personne, ainsi que de l'application du droit international des droits de la personne à tous les individus, nous laissent entrevoir une volonté de donner préséance aux droits individuels sur les droits collectifs. Il est clair que l'arrimage des droits collectifs aux droits individuels n'est pas aisé. Néanmoins, une réflexion s'impose car les droits de nature collective figurent en tête des revendications des peuples autochtones.

2. Les lacunes du texte préparé par la Commission interaméricaine

a. La non-reconnaissance du statut des peuples autochtones

Ici, contrairement au *Projet de Déclaration des Nations Unies*, il n'est nullement question de reconnaître les Autochtones comme constituant des peuples au sens du droit international, même si, par ailleurs, le terme «peuple» est employé.

Le *Projet de Déclaration interaméricaine* contient, par exemple, une définition de l'expression «peuple autochtone», fondée sur les observations des répondants. Le gouvernement du Costa Rica avait proposé le critère suivant afin de cerner la notion de «peuple». Selon lui, les peuples autochtones sont composés des descendants des tribus qui habitaient le pays au moment de la conquête et de la colonisation espagnole. Ce sont des populations qui occupent aujourd'hui certaines régions isolées, où elles vivent davantage selon les institutions sociales, économiques et culturelles antérieures à la conquête que selon celles de l'État. Leur développement économique et social est in-

¹⁰⁶ Voir *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 1 au «Préambule», para. 7.

férieur à celui du reste de la population et ils sont soumis, en totalité ou en partie, à leurs propres règles coutumières ou à des lois particulières¹⁰⁷.

Selon le Mexique, une collectivité ethnique se définit à partir des caractéristiques qui fondent son identité et sa culture. Ce sont des groupes qui possèdent, notamment, leur territoire ancestral, leur propre langue, leurs propres méthodes de production, de mise en marché et de consommation, leurs propres organisations sociale, politique religieuse et culturelle, leurs propres industries traditionnelles, leur propre médecine, leur vision du monde et leurs propres valeurs, leur propre modes de transmission de l'histoire et de la culture¹⁰⁸.

Dans sa réponse au questionnaire de la Commission, le Canada proposait la définition de la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux de l'Organisation internationale du travail («O.I.T.»)¹⁰⁹ — qu'il n'a pas ratifiée — selon laquelle les peuples autochtones sont ceux qui

dans les pays indépendants, [...] sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays à l'époque de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles¹¹⁰.

Le Venezuela avait, quant à lui, suggéré que le terme «collectivité» soit substitué à celui de «peuple», qui désigne l'ensemble de la population de l'État¹¹¹.

Les organisations autochtones ont, nous présumons, préconisé l'emploi du mot «peuple» plutôt que «population». En effet, le paragraphe correspondant du rapport de la Commission interaméricaine est extrêmement confus¹¹². Cette confusion est vraisemblablement due au fait qu'en espagnol, un seul mot, *pueblo*, peut désigner à la fois un peuple, une population ou un village. Les travaux de la Commission interaméricaine se déroulent généralement en espagnol, les rapports étant ensuite traduits en anglais. La consultation par le biais du questionnaire a posé des problèmes supplémentaires car les réponses données en anglais ont été traduites en espagnol, langue dans laquelle a été rédigé le rapport de la Commission interaméricaine avant d'être traduit en anglais. Les erreurs qui ont résulté de ce complexe jeu de langues ont d'ailleurs amené le Canada à apporter un certain nombre de corrections à la suite de la publication des résultats de la première ronde de consultations.

¹⁰⁷ Voir *Report on the First Round of Consultations*, supra note 102 à la p. 268.

¹⁰⁸ Voir *ibid.*

¹⁰⁹ Voir *Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (1989)*, 27 juin 1989, 28 I.L.M. 1382, (1994-95) *Recherches amérindiennes au Québec* 71 [ci-après *Convention 169 de l'O.I.T.*].

¹¹⁰ *Report on the First Round of Consultations*, supra note 102 à la p. 269.

¹¹¹ Voir *ibid.*

¹¹² Voir *ibid.*

La Commission interaméricaine propose deux définitions. Toutes deux ont un premier paragraphe identique, qui retient la référence à la continuité historique avec les sociétés qui existaient avant la conquête et la colonisation européenne. La première définition proposée ajouterait «les populations introduites contre leur gré dans les Amériques, notamment celles qui ont conquis leur liberté et qui ont rétabli les cultures dont elles avaient été arrachées»¹¹³. On voit ici une référence aux descendants d'esclaves qui avaient réussi à échapper à leurs maîtres ou qui avaient obtenu leur liberté et qui se sont installés en permanence dans plusieurs pays d'Amérique latine, où ils ont continué à vivre selon leurs coutumes, traditions et institutions ancestrales. On peut penser aux Marrons de Guyane ou encore aux Saramacas du Surinam. La deuxième définition proposée ajouterait la définition des peuples tribaux de la *Convention 169 de l'O.I.T.*¹¹⁴. Ces deux projets de définition comprennent un même troisième paragraphe posant l'auto-identification comme étant un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliqueront les dispositions de la future déclaration interaméricaine. Il est clair que des consultations s'imposent pour connaître l'avis des peuples autochtones, à la fois sur la pertinence de l'inclusion d'une définition, quelle qu'elle soit, et sur le contenu à lui donner.

Jusque là, on semble vouloir reconnaître la qualité de peuple des Autochtones. Cependant, la lecture de la traduction française du *Projet de Déclaration interaméricaine* révèle que le mot «peuple» y est remplacé, en plusieurs articles, par le mot «population». Mais surtout, la Commission interaméricaine a ajouté un troisième paragraphe, qui vise à inclure la même limite à la portée du mot «peuple» que la *Convention 169 de l'O.I.T.*¹¹⁵. L'O.I.T. justifie la limite en soulignant qu'elle n'est pas habilitée à définir le terme «peuple». L'O.É.A. ne peut se prévaloir de la même excuse. En effet, l'inclusion d'une telle limite est non seulement inacceptable, mais aussi contraire au principe fondamental du droit international qu'est l'égalité de tous les peuples en dignité et en droit. Cela équivaudrait à créer une catégorie inférieure de peuples qui ne seraient pas titulaires de tous les droits des peuples en vertu du droit international. Il est clair que cette tentative de limiter la portée du mot «peuple» est motivée par l'hésitation de plusieurs États à reconnaître le droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes, de crainte que les Autochtones n'y voient un droit de sécession. Les États américains qui participent à l'élaboration du *Projet de Déclaration interaméricaine* sont également présents à Genève, à toutes ses étapes. Ils ne reconnaîtront pas davantage de droits dans un instrument interaméricain que ce qu'ils sont prêts à reconnaître dans l'instrument onusien.

Toutefois, si les États ne sont pas disposés à reconnaître le statut de «peuple» au sens du droit international aux nations autochtones, il y a lieu de réfléchir sur la pertinence d'une définition dans le *Projet de Déclaration interaméricaine*. La question se

¹¹³ *Projet de Déclaration interaméricaine*, supra note 1, art. 1.

¹¹⁴ *Supra* note 109.

¹¹⁵ Voir *ibid.*, art. 1(3) où il est écrit : «The use of the term "peoples" in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law».

pose déjà à l'O.N.U. et elle a fait l'objet d'une note par Mme Daes, Présidente-Rapporteure du Groupe de travail sur les populations autochtones¹¹⁶. À l'O.N.U., il convient de souligner que les pressions pour l'inclusion d'une définition ne proviennent pas seulement de certains gouvernements, mais aussi de peuples autochtones. Ces derniers souhaitent une définition tantôt parce qu'ils vivent dans des États qui prétendent qu'il n'y a pas d'Autochtones dans leur pays — c'est notamment le cas de plusieurs pays asiatiques — ou encore parce qu'ils sont d'avis que certains participants aux travaux du Groupe de travail se prétendant autochtones ne le sont pas en réalité. Cela dit, il serait utile de rappeler que la définition de «travail», proposée par le Rapporteur spécial, M. Martinez Cobo, dans son *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*¹¹⁷ recommandait l'inclusion, dans la notion de «populations autochtones», des populations isolées et marginales, non conquises ni colonisées, pour les raisons suivantes :

- a) [ces groupements de population] sont les descendants de groupes qui se trouvaient sur le territoire du pays au moment de la venue d'autres groupes, de culture ou d'origine ethnique différente ; b) ils ont conservé presque intactes leurs coutumes et traditions ancestrales, analogues à celles qui ont été qualifiées d'autochtones, en raison précisément de leur isolement des autres couches de la population du pays ; c) ils sont, ne serait-ce que formellement, placés sous une structure étatique qui est l'expression de caractéristiques nationales, sociales et culturelles qui leur sont étrangères¹¹⁸.

On constate que le Rapporteur spécial optait pour une définition large incluant des peuples non autochtones, mais se trouvant dans une situation analogue à celle des peuples autochtones dans leurs rapports avec l'État du fait de leur marginalisation.

Dans les Amériques, les divergences d'opinion sur la portée de l'expression «peuple autochtone» risquent fort de provenir autant de certains gouvernements que des Autochtones eux-mêmes. Nous avons pu constater, lors d'une conférence au Pérou, que certains représentants autochtones faisaient une distinction très nette entre Autochtones et Métis, ces derniers n'étant pas considérés comme des Autochtones, contrairement à la situation qui prévaut au Canada où les Métis font partie des peuples autochtones du Canada. Pour l'instant, comme la participation des Autochtones au projet interaméricain est très limitée, il n'y a pas eu de débat de fond sur cette question. Étant donné que le projet interaméricain retient le critère de l'auto-identification comme étant un critère fondamental, comment peut-on envisager d'inclure une définition élaborée sans la participation des peuples concernés et de leurs membres ?

¹¹⁶ Voir Note de Mme Erica-Irene Daes, Présidente-Rapporteure du groupe de travail sur les populations autochtones, concernant les critères pouvant être appliqués pour l'examen de la notion de peuples autochtones, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3.

¹¹⁷ Doc. NU E/CN.4/Sub. 2/1986/7 et Add. 1 à 4.

¹¹⁸ *Ibid.* au para. 45.

b. *La non-reconnaissance du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes*

Le *Projet de Déclaration interaméricaine* évite l'emploi de l'expression «autodétermination». L'article 15 s'inspire des articles 3 et 31 du *Projet de Déclaration des Nations Unies*, tout en omettant la phrase énonçant que «les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes»¹¹⁹. Ils ont néanmoins le droit de déterminer librement leur statut politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel. La Commission interaméricaine a opté pour une définition de l'autonomie gouvernementale limitée à sa dimension strictement interne.

Pourtant, dans l'état actuel du droit international, le refus de reconnaître aux Autochtones la qualité de «peuples» et leur droit de disposer d'eux-mêmes n'est pas une garantie contre la sécession. Le droit de créer un État indépendant n'est expressément reconnu qu'aux peuples coloniaux ou sous domination étrangère, ce qui inclut tout peuple se trouvant dans une situation analogue¹²⁰. Néanmoins, le droit international n'interdit pas la sécession à tout autre peuple ou collectivité aspirant à l'indépendance souveraine. Le nouvel État devra toutefois être en mesure de démontrer sa légitimité, c'est-à-dire prouver que l'accession à l'indépendance reflète la volonté librement exprimée de la population. Il devra également démontrer l'effectivité de son gouvernement, c'est-à-dire le contrôle de son territoire et de sa population par le biais de ses propres lois et institutions, à l'exclusion des lois et institutions de l'État prédécesseur¹²¹.

En ce qui concerne les peuples autochtones, cela signifie que, s'ils se trouvent dans une situation analogue à la domination coloniale (non-représentation au sein du gouvernement, non-participation au processus décisionnel, violations flagrantes des droits de la personne, discrimination, etc.), leur droit de disposer d'eux-mêmes n'est pas respecté, ce qui leur donne le droit de revendiquer l'indépendance souveraine. Dans les autres cas, ils sont sur un pied d'égalité avec tous les autres peuples et collectivités. L'indépendance, qui n'est pas nécessairement liée à l'exercice du droit à l'autodétermination, devient une question de fait. La communauté internationale prend acte de l'indépendance, qu'elle est libre de reconnaître ou non. L'importance de cette reconnaissance est primordiale car, si elle n'est pas une condition de la création de l'État, elle est indubitablement une condition de sa survie¹²².

¹¹⁹ *Projet de Déclaration des Nations Unies*, supra note 4, art. 3.

¹²⁰ Voir H. Gros Espiell, Rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, *Le droit à l'autodétermination : application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies*, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980) para. 44-45 à la p. 6 [ci-après *Le droit à l'autodétermination*].

¹²¹ Voir *Rapport de la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté : L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté*, Québec, Éditeur officiel, 1992 à la p. 11 et s. (Président : T.M. Franck).

¹²² Pensons par exemple à l'exemple du Biafra qui, malgré sa reconnaissance par quelques États, n'a pas survécu car il lui manquait la reconnaissance des grandes puissances.

Dans ce contexte, le refus de reconnaître le droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes ne peut avoir les conséquences que les États entendent lui donner. En outre, l'interprétation restrictive que l'on semble vouloir en faire, en le limitant à sa dimension interne, est contraire au droit international. Considéré comme une norme impérative du droit international¹²³, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne peut pas avoir un contenu et une portée différents selon le peuple auquel il s'applique sans enfreindre la règle fondamentale de l'égalité des peuples en dignité et en droits, consacré à l'article 1, paragraphe 2, de la *Charte des Nations Unies*¹²⁴.

Cela dit, rien n'empêche que la future déclaration interaméricaine se contente de préciser les modalités d'exercice du droit à l'autodétermination dans sa dimension interne, c'est-à-dire à l'intérieur des frontières de l'État. Il suffit de prévoir expressément que la future déclaration interaméricaine ne nie pas, ni ne vise à limiter la portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes au sens du droit international. Ainsi, on pourrait avoir un instrument juridique qui répond aux besoins des peuples autochtones qui, à de rares exceptions près, ne souhaitent pas l'indépendance souveraine, sans les réduire à des peuples de second ordre. La future déclaration interaméricaine ne pourrait ultérieurement servir de fondement à des revendications sécessionnistes, mais elle ne pourrait pas davantage servir aux États pour prétendre que le droit international interdit l'accession à l'indépendance aux peuples autochtones vivant à l'intérieur d'États souverains.

c. Une autonomie limitée

L'autonomie envisagée, énoncée à l'article 15 du *Projet de Déclaration interaméricaine*, porte exclusivement sur les affaires internes. Plusieurs autres dispositions, qui précisent la portée du droit à l'autonomie gouvernementale, sont éparpillées à travers le *Projet de Déclaration interaméricaine*. Selon le libellé actuel de l'article 15, les peuples autochtones ont le droit à l'autonomie dans certains domaines, notamment la culture, l'éducation¹²⁵, l'information, les média autochtones, la santé¹²⁶, l'emploi, les services sociaux et médicaux, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement¹²⁷ et l'accès des non-membres¹²⁸.

Toutefois, l'autonomie en matière de gestion des ressources est limitée¹²⁹. D'une part, les peuples autochtones n'ont de droits que sur les ressources existantes et uniquement dans la mesure où l'État n'en a pas conservé l'exclusivité, qu'il s'agisse des

¹²³ Voir notamment : *Avis sur le Sahara occidental*, Avis consultatif, [1975] C.I.J. Rec. 12 ; *Le droit à l'autodétermination*, *supra* note 120 aux pp. 11-12 ; *Avis no 1 et 2 de la Commission d'arbitrage sur les conséquences de la dissolution de la Yougoslavie*, 31 I.L.M. 1488 aux pp. 1494-99.

¹²⁴ 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, 59 Stat. 1031, 145 U.K.T.S. 805.

¹²⁵ Voir *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 1, art. 9.

¹²⁶ Sur cette question, il faut lire l'article 15(1) avec l'article 12 (Santé et bien-être) du *Projet de Déclaration interaméricaine*, *ibid.*

¹²⁷ Voir *ibid.*, art. 13.

¹²⁸ Voir *ibid.*, art. 15(1).

¹²⁹ Voir *ibid.*, art. 18.

ressources du sol ou de celles du sous-sol. Si l'État s'est réservé la propriété des ressources, sa seule obligation est de consulter les peuples concernés avant d'autoriser ou de mettre en oeuvre tout programme d'exploration ou d'exploitation. Leur consentement n'est pas requis. On constate néanmoins, à la lecture de l'article 21 qui concerne le droit au développement, que le consentement des peuples autochtones concernés est requis pour tout projet de développement qui peut avoir des conséquences négatives sur leurs droits ou leurs conditions de vie. Il y a donc une apparente ambiguïté entre les articles 15(1) et 21(2) du *Projet de Déclaration interaméricaine*.

D'autre part, les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs propres instances décisionnelles, tout en conservant le droit de participer, à tous les niveaux, aux décisions susceptibles d'avoir des incidences sur leurs droits, leur mode de vie et leur avenir.

d. La négation des peuples au profit des frontières internationales

Selon les termes de l'article 24 : «Rien dans cet instrument ne sera interprété comme conférant tout droit d'ignorer les frontières entre les États». Toutefois, les territoires de nombreux peuples autochtones ne sont pas situés entièrement à l'intérieur des frontières d'un État et s'étendent sur le territoire d'États voisins, ce qui a pour conséquence de séparer les peuples concernés. L'article 15 du *Projet de Déclaration interaméricaine* ne reflète pas cette réalité. Pourtant, l'intégrité et la souveraineté territoriale des États ne sont pas incompatibles avec les droits des peuples autochtones séparés par des frontières internationales, ce qu'illustrent, dans une certaine mesure, l'article 35 du *Projet de Déclaration des Nations Unies*¹³⁰, ainsi que l'article 32 de la *Convention 169 de l'O.I.T.*¹³¹

e. La reconnaissance des droits collectifs limités

L'article 2(3), du *Projet de Déclaration interaméricaine* vise la reconnaissance de droits collectifs des peuples autochtones «dans la mesure où ils sont indispensables pour la jouissance des droits individuels de leurs membres»¹³². En conséquence, la reconnaissance des droits collectifs est limitée à «l'action collective» — dont le sens devrait être précisé — la culture, la langue et la religion. En d'autres termes, on ne semble pas aller beaucoup plus loin que l'article 27 du *Pacte des droits civils et politiques*¹³³.

¹³⁰ *Supra* note 4, art. 35.

¹³¹ *Supra* note 109, art. 32.

¹³² *Projet de Déclaration interaméricaine*, *supra* note 1, art. 2(3).

¹³³ Voir *Pacte des droits civils et politiques*, *supra* note 9, art. 27, qui énonce que :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue.

La conception individuelle des droits de la personne s'accommode mal de la reconnaissance de droits collectifs qui peuvent parfois être en conflit. Prenons l'exemple du droit de propriété, garanti dans la *Déclaration américaine*.

Le *Projet de Déclaration interaméricaine* prévoit le droit à la reconnaissance des droits de propriété et d'usage des terres ancestrales, ainsi que le caractère exclusif, inaliénable et imprescriptible des titres autochtones antérieurs à la création de l'État¹³⁴. Nous reviendrons ultérieurement sur les difficultés d'interprétation que pose l'expression «antérieurs à la création de l'État». On prévoit toutefois que l'inaliénabilité du titre autochtone n'empêche pas que la propriété des terres soit partagée entre les membres de la communauté, selon ses usages et coutumes. Cependant, ces titres ne peuvent être «modifiés» que du consentement mutuel de l'État et du peuple concerné. En d'autres termes, on inclut de manière ambiguë dans la même disposition la transmission d'un titre de propriété à l'intérieur même de la communauté et la cession du titre à l'État, et l'on semble indiquer que le partage du droit de propriété entre les membres d'un peuple ne modifie pas le caractère collectif du titre sur l'ensemble des terres. Parallèlement, la *Déclaration américaine* garantit un droit de propriété individuelle¹³⁵. Comment concilier ces deux dispositions, sinon en indiquant clairement que la propriété du territoire autochtone est collective et que seul un droit individuel d'usage d'une partie de ce territoire peut être accordé à l'intérieur du territoire ? Sinon, à partir du moment où un Autochtone peut avoir un droit de propriété sur une parcelle de territoire autochtone, la logique veut qu'en vertu du droit de propriété individuelle, qui lui est garanti selon la *Déclaration américaine*, que la future déclaration interaméricaine viendra compléter et non remplacer, il puisse vendre sa propriété à qui bon lui semble.

L'article 18(3), du *Projet de Déclaration interaméricaine* précise que les États reconnaîtront le caractère permanent, exclusif, inaliénable, imprescriptible et incessible des titres autochtones lorsque les droits de propriété et d'usage des Autochtones découlent de droits existant avant la création des États. Ceci soulève l'épineuse question de la «date critique». En d'autres termes, quand l'État a-t-il été «créé» ? En outre, il existe de nombreuses preuves révélant que l'affirmation de souveraineté par les puissances européennes n'a pas eu d'effet immédiat et automatique sur les peuples autochtones et leurs droits. Les tribunaux n'ont pas écarté l'argument de la coexistence de droits et de souverainetés pendant un certain temps après l'arrivée des Européens¹³⁶.

L'article 18(8), impose aux États la délimitation des terres appartenant aux peuples autochtones ainsi que des terres dont ils ont l'usage. Il pourrait être utile d'ajouter une

¹³⁴ Voir *Projet de Déclaration interaméricaine*, supra note 1.

¹³⁵ Voir *Déclaration américaine*, supra note 2, art. 23.

¹³⁶ Voir, par exemple, la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Italie pour trancher la question des limites entre le Brésil et la Guyane anglaise*, signée à Rome le 6 juin 1904, reproduite dans F. Toerk, *Nouveau Recueil général de traités et actes relatifs aux rapports de droit international*, Liepzig, Librairie Dieterich, 1905, 485 aux pp. 488-89.

disposition semblable à l'article 14(3) de la *Convention 169 de l'O.I.T.*¹³⁷ et prévoyant la mise en place de recours nationaux pour la résolution des différends relatifs aux revendications territoriales des peuples autochtones.

f. Le caractère aléatoire des garanties spéciales contre la discrimination

Le premier paragraphe de l'article 6 énonce que des mesures particulières de protection contre la discrimination pourraient être mises en place là où les circonstances l'exigent. En d'autres termes, cette disposition n'impose pas d'obligations précises aux États membres en matière de lutte contre la discrimination à l'endroit des peuples autochtones.

À notre avis, cette disposition limite le droit fondamental à l'égalité et à la protection contre la discrimination en deçà de ce qui est déjà garanti en vertu d'autres instruments de protection des droits de la personne. Le droit à l'égalité, tel qu'il a été interprété par la Cour internationale de justice¹³⁸, la Cour européenne des droits de l'Homme¹³⁹, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies¹⁴⁰, la Commission interaméricaine et la Cour interaméricaine¹⁴¹ impose à l'État l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer une égalité effective pour tous. Il a été décidé qu'«égalité» et «traitement identique» ne sont pas synonymes et qu'un traitement différencié s'impose parfois pour atteindre l'égalité effective.

Les peuples autochtones vivent des situations qui, dans la plupart, sinon dans tous les cas, nécessitent des mesures particulières pour assurer le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination. Il est pertinent de rappeler aux États leurs obligations en la matière. Toutefois, le libellé de l'article devrait refléter la portée entière de ces obligations en vertu du droit international et non pas la limiter.

¹³⁷ *Supra* note 109, art. 14(3).

¹³⁸ Voir : *Affaires du Sud-Ouest africain (2e phase) (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Liberia c. Afrique du Sud)*, [1966] C.I.J. Rec. 4, à la p. 308 ; *Avis sur la Namibie*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. Rec. 16.

¹³⁹ Voir : *Affaire du Syndicat national de la police belge* (1975), Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 19 au para. 44 ; *Sunday Times c. R.U.* (1978), Cour Eur. D.H. Sér. A., n° 30 au para. 70 ; *Marckx c. Belgique* (1978), Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 31.

¹⁴⁰ Voir : *Zwaan-de-Vries c. Pays-Bas*, Communication n° 182/1984, Doc. off. AG NU, 44^e sess., Supp. n° 40, p. 165, Doc. NU A/42/40 (1987) ; *Broeks c. Pays-Bas*, Communication n° 172/1984, Doc. off. AG NU, 44^e sess., Supp. n° 40, p. 142, Doc. NU A/42/40 (1987) ; *B. d. B. c. Pays-Bas*, Communication n° 273/1989, Doc. off. AG NU, 44^e sess., Supp. n° 40, p. 286, Doc. NU A/44/40 (1989) ; *Gueye c. France*, Doc. off. AG NU, 44^e sess., Supp. n° 10, p. 198, Doc. NU A/44/40 (1989) ; *Bindher c. Canada*, Communication n° 208/1986, rapportée à (1989-90) Can. H.R.Y.B. 305.

¹⁴¹ Voir : *Case 9647 Roach and Pinkerton c. U.S. (États-Unis)* (1987) Comm. Interam. D.H. Rés. n° 3/87, para. 46, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 1986-87*, OÉA/Ser.L/V/II.71/Doc.9 rev.1 (1987) 147 ; *Proposed Amendments to the Constitution of Costa Rica (Costa Rica)* (1984), Cour Interam. D.H. Avis consultatif OC-4/84, Sér. A n° 4.

La dernière phrase du deuxième paragraphe de l'article 6 est de la rhétorique pure. Les États reconnaissent que la violence exercée à l'égard de certaines personnes en raison de leur sexe nie l'exercice de leurs droits. La reconnaissance de ce qui est évident n'équivaut pas à un engagement d'y mettre fin. De plus, la violence n'est pas la seule manière d'empêcher l'exercice des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Il faudrait inclure des obligations précises à la charge des États.

g. Les dispositions ambiguës en ce qui concerne le «droit autochtone» ainsi que le statut et l'usage des langues autochtones

Le «droit autochtone» fait partie intégrante du système juridique des États et du cadre dans lequel s'inscrit leur développement économique et social¹⁴². Les peuples autochtones ont le droit de conserver leurs propres systèmes juridiques et de les appliquer au sein de leurs communautés. Ceci inclut les mécanismes de règlement des conflits, de prévention et de répression des infractions au sein de chaque communauté et entre communautés autochtones. Cependant, le libellé de l'article 16 du *Projet de Déclaration interaméricaine* ne précise pas si les lois ou coutumes autochtones en matière de répression des infractions s'applique également aux infractions commises par des non autochtones sur le territoire autochtone.

L'article 16 prévoit l'inclusion des institutions et des coutumes ancestrales autochtones dans la structure organisationnelle de l'État. Bien que la reconnaissance de ces institutions et coutumes ancestrales soit éminemment souhaitable, la manière dont on entend les inclure dans la structure de l'État mérite d'être précisée. En effet, il ne faudrait pas que cette incorporation ait pour conséquence de leur faire perdre leur caractère autochtone. Pensons, par exemple, aux normes conventionnelles internationales qui n'ont d'effets en droit canadien que si elles y sont introduites par voie législative. Cependant, une fois introduites, ces normes sont traitées par les juges comme toute autre norme juridique canadienne qui peut être modifiée par le législateur. Il conviendrait donc de prévoir la nécessité du consentement exprès des peuples autochtones à toute modification touchant les institutions et coutumes ancestrales autochtones incluses dans la structure étatique.

Il nous semble que la dernière phrase de l'article 16, qui doit être lue avec le paragraphe 3 de l'article 8, mérite d'être précisée. Ce paragraphe prévoit la reconnaissance des langues autochtones comme langues officielles, avec le même statut que les autres langues officielles l'État, dans les régions où elles sont prédominantes. On y prévoit également l'obligation pour les États de prendre les mesures nécessaires pour que les personnes autochtones puissent comprendre les procédures judiciaires.

L'article 16(3) prévoit l'usage de la langue autochtone dans les procédures judiciaires «là où les circonstances le justifient». Nous présumons que l'usage de la langue autochtone serait automatique là où elle a le même statut que les autres langues officiel-

¹⁴² Voir *Projet de Déclaration interaméricaine*, supra note 1, art. 16(1).

les et qu'il devrait être garanti, partout ailleurs, sur la base de l'article 16(3). Nous sommes toutefois d'avis que des précisions s'imposent.

h. L'insuffisance des dispositions relatives à la propriété intellectuelle

Tout d'abord, selon les termes de l'article 20, les droits de propriété intellectuelle sont limités au patrimoine culturel et artistique. Le patrimoine culturel fait déjà l'objet des dispositions de l'article 7, intitulé «Droit à l'intégrité culturelle». On y inclut la protection des coutumes et traditions autochtones, des formes d'organisation sociales, des vêtements, des langues et des dialectes, ainsi que la restitution des biens dont les peuples autochtones ont été dépossédés ou l'indemnisation conformément aux règles du droit international. L'article 20(1) semble simplement ajouter le droit à des mesures spéciales visant à donner aux peuples autochtones les moyens de «développer, utiliser, partager, commercialiser et léguer leur patrimoine culturel et artistique pour le bénéfice des générations futures», sans préciser les obligations correspondantes des États.

Aux termes de l'article 20(2), les peuples autochtones ont droit, seulement «là où les circonstances le justifient», à des mesures de protection de contrôle et de développement de leurs sciences ainsi qu'à une indemnisation pour l'usage de leurs sciences et de leurs technologies, incluant leurs ressources humaines et génétiques, leur médecine et leur science de la vie animale et végétale. Prenons un exemple pour illustrer ne serait-ce qu'une lacune de cette disposition qui, à notre avis, est nettement insuffisante. C'est en Amérique latine qu'on trouve, notamment, une partie importante de la biodiversité mondiale¹⁴³. Plusieurs gouvernements latino-américains ont créé des parcs nationaux pour assurer une meilleure protection de la faune et de la flore, néanmoins, ces parcs peuvent empiéter sur des territoires autochtones non délimités, limitant ainsi l'accès des peuples autochtones concernés aux plantes dont ils peuvent avoir besoin pour leur médecine traditionnelle. Cette disposition devrait être modifiée de façon à accorder une véritable protection des droits de propriété intellectuelle, et à préciser les obligations des États.

De surcroît, la mention des ressources humaines et génétiques est troublante. L'article 20(2) du *Projet de Déclaration interaméricaine* est identique à l'article 29(2) du *Projet de Déclaration des Nations Unies*. Ce sont, à notre connaissance, les premiers projets d'instrument juridique relatifs à la protection des droits de la personne à inclure les ressources humaines et génétiques, au chapitre de la propriété intellectuelle. À la lumière du projet d'échantillonnage de l'A.D.N. humaine en cours, notamment en Amérique latine, il est important à la fois de préciser les termes «ressources humaines et génétiques», et de ne pas limiter leur protection à certaines circonstances qui seront évaluées par les gouvernements.

¹⁴³ À titre d'exemple, l'Amérique latine abrite 57 pour cent des forêts de la planète (voir R. Salazar, dir., *Diversidad Biologica y Desarrollo Sostenible*, San José (Costa Rica), Euroamericana de Ediciones, 1993 à la p. 18).

i. *La protection des traités, ententes et autres arrangements*

L'article 22 du *Projet de Déclaration interaméricaine* est presque identique à l'article 36 du *Projet de Déclaration des Nations Unies*. À première vue, la disposition interaméricaine semble moins restrictive dans la mesure où les traités doivent être reconnus et mis en oeuvre «à la lumière de leur objet et de leur but». En effet, dans le *Projet de Déclaration des Nations Unies*, il est prévu que les traités doivent être interprétés à la lumière de leur «objet et de leur but original», ce qui peut avoir pour effet de «geler» l'interprétation des traités au contexte de leur conclusion. Cependant, encore faut-il que l'objet et le but du traité soient envisagés du point de vue de toutes les parties, et non seulement du point de vue du gouvernement concerné.

Comme nous l'avons annoncé, les quelques pages précédentes ne prétendent pas faire une analyse complète de toutes les dispositions du *Projet de Déclaration interaméricaine*. Il appartient aux bénéficiaires de la future déclaration interaméricaine, c'est-à-dire aux peuples autochtones eux-mêmes, de réagir à la première version préparée par la Commission interaméricaine. Malheureusement, l'O.É.A. ne facilite pas la participation autochtone.

B. *Les obstacles propres au système interaméricain*

Le *Projet de Déclaration des Nations Unies*, actuellement à l'étude à la Commission des droits de l'Homme, a bénéficié d'une large participation autochtone grâce au Groupe de travail sur les populations autochtones créé, en 1982, au sein de la sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités. Ce n'est pas le cas du *Projet de Déclaration interaméricaine*.

1. *L'absence de représentation des organisations non gouvernementales*

Il n'y a pas d'équivalent du Groupe de travail sur les populations autochtones au sein de l'O.É.A. De plus, les organisations non gouvernementales («O.N.G.») n'y ont pas la possibilité d'obtenir le statut d'observateur. Contrairement à l'O.N.U., qui accorde le statut d'observateur auprès du Conseil économique et social («ECOSOC») à un certain nombre d'O.N.G.¹⁴⁴, l'O.É.A. a, jusqu'à présent, résisté à toute tentative d'élargir la participation aux travaux de la Commission interaméricaine. Cela dit, on peut présumer que la Commission interaméricaine elle-même ne souhaite pas la présence d'observateurs non gouvernementaux et leur participation à ses travaux. En effet,

¹⁴⁴ Le statut d'observateur auprès de l'ECOSOC est accordé conformément aux conditions et modalités énoncées dans la résolution *Arrangements for Consultation with Non-Governmental Organizations*, Rés. CES 1296 (XLIV), Doc. off. CES NU, 44^e sess., Supp. n° 1, p. 21, Doc. NU E/4548 (1968). Les O.N.G. sont divisées en trois catégories : la catégorie I regroupe celles qui sont concernées par la plupart des activités de l'ECOSOC, tandis qu'on retrouve, dans la catégorie II, celles qui ne sont concernées que par certains champs d'activités de l'ECOSOC. Les O.N.G. plus spécialisées figurent au Registre de l'ECOSOC. Pour de plus amples détails, voir H. Hannum, dir., *Guide to International Human Rights Practice*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1984 à la p. 184 et s.

l'on se rappelle l'attitude qu'elle a eu, par le passé, lorsqu'elle souhaitait se donner les moyens d'agir sans attendre le bon plaisir de l'O.É.A. ! Il serait éminemment souhaitable que le Canada prenne le *leadership* en cette matière et qu'il entreprenne de convaincre ses partenaires des Amériques de la nécessité de reconnaître le statut d'observateur auprès de la Commission interaméricaine, tout au moins aux O.N.G. qui ont déjà ce statut à l'ECOSOC ou qui figurent au Registre¹⁴⁵.

Les O.N.G. peuvent adresser des communications à la Commission interaméricaine. De plus, lorsque cette dernière se rend dans un État membre de l'O.É.A. pour étudier la situation des droits de la personne, elle consulte les représentants des principales O.N.G. Nous ne prétendons pas que les O.N.G. sont totalement exclues de la mise en oeuvre du système interaméricain de protection des droits de la personne. Néanmoins, leur participation gagnerait à être élargie.

L'autre possibilité qui s'offre aux peuples et aux O.N.G. autochtones, tout comme aux particuliers, est de solliciter une audience lors d'une réunion de la Commission interaméricaine. Cependant, lors de ces réunions, la Commission interaméricaine ne se penche pas exclusivement sur le *Projet de Déclaration interaméricaine*. Par conséquent, cette solution est loin d'être entièrement satisfaisante. C'est pourquoi, outre l'octroi du statut d'observateur aux O.N.G. qualifiées, il serait utile de créer, au sein de la Commission interaméricaine, un groupe de travail sur les peuples autochtones.

2. La nécessité d'un groupe de travail sur les peuples autochtones

Le *Projet de Déclaration interaméricaine*, lancé en 1989, progresse à un rythme accéléré, sans réelle participation des peuples autochtones¹⁴⁶. Même si l'on réussissait à ralentir le processus, il est peu probable qu'un groupe de travail puisse être mis sur pied avant l'adoption ce projet. Cependant, l'expérience du Groupe de travail sur les populations autochtones des Nations Unies démontre clairement que son utilité n'est pas limitée à la préparation d'un projet d'instrument juridique. Il est, avant tout, comme le précise le mandat du Groupe de travail onusien, le *forum* par excellence «pour examiner les faits nouveaux concernant la promotion et la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales des populations autochtones»¹⁴⁷.

La future déclaration interaméricaine ne créera pas de recours particulier pour les Autochtones. À moins que le statut de la Commission interaméricaine soit modifié de façon à l'habiliter à recevoir des communications individuelles fondées sur la *Déclaration américaine*, cette dernière jouera, tout au plus, un rôle strictement interprétatif.

¹⁴⁵ À titre d'exemple, on retrouve parmi les organisations qui ont le statut d'observateur à l'ECOSOC : la Conférence circumpolaire Inuit, le Grand Conseil des Cris du Québec et le Conseil mondial des peuples autochtones (voir *Report of the Working Group on Indigenous Populations on its Thirteenth Session*, Doc. off. NU E/CN.4/Sub.2/24 (1995) à la p. 4).

¹⁴⁶ Sous réserve des remarques concernant l'évolution des consultations, *supra* note 5.

¹⁴⁷ *Rapport du Groupe de travail des populations autochtones sur les travaux de sa douzième session*, Doc. off. NU E/CN.4/Sub.2/30 (1994).

Un groupe de travail sur les peuples autochtones au sein de la Commission interaméricaine, sans être habilité à recevoir des plaintes individuelles, pourrait, tout comme son pendant onusien, recevoir les renseignements et faits nouveaux concernant la situation des peuples autochtones dans les Amériques. Il est grand temps que les peuples autochtones, présents encore aujourd'hui dans presque tous les pays d'Amérique et majoritaires dans plusieurs d'entre eux, disposent d'un tel *forum*.

Conclusion

Il convient donc d'avoir à l'esprit le contexte dans lequel le *Projet de Déclaration interaméricaine* se situe lorsqu'on en étudie le contenu. La première version de la future déclaration interaméricaine est le fruit des réflexions de la Commission interaméricaine, à la lumière des observations et des renseignements fournis par les gouvernements, des instruments juridiques existants comme la *Convention 169 de l'O.I.T.*, ainsi que du *Projet de Déclaration des Nations Unies* et sans réelle participation autochtone.

Il est, à l'heure actuelle, difficile de connaître l'intention des États qui participent au processus, puisqu'il n'y a pas de débat public sur le *Projet de Déclaration interaméricaine*. On ne peut présumer que la première version reflète la position de tous les États membres de l'O.É.A., puisqu'une minorité d'entre eux a participé aux consultations préliminaires. On peut être certain, par contre, qu'elle ne reflète pas les aspirations des peuples autochtones qui n'ont, pour ainsi dire, pas été consultés. Il est difficile de prétendre que l'envoi d'un questionnaire constitue une consultation ! La seule possibilité consiste à envoyer à la Commission interaméricaine des commentaires et suggestions par écrit, ce que peuvent faire, non seulement les gouvernements et les organisations autochtones, mais aussi les particuliers, autochtones et non autochtones, qui, sur la base de leur expérience personnelle ou de leur expertise, peuvent contribuer aux travaux de la Commission interaméricaine. Cependant, ce procédé ne constitue pas une réelle consultation.

La première version du *Projet de Déclaration interaméricaine* proposée par la Commission interaméricaine soulève de nombreuses questions. Le texte est ambigu à certains égards, restrictif à d'autres et, de façon générale, il ne tient pas compte de la situation réelle des peuples autochtones. Il impose très peu d'obligations précises aux États et semble refléter leurs positions sans effort de conciliation des intérêts de l'État avec les droits et les aspirations légitimes des peuples autochtones et de leurs membres.

La future déclaration interaméricaine pourrait fort bien être adoptée avant la déclaration des Nations Unies. Le risque est grand qu'elle devienne alors un instrument de référence à la Commission des droits de l'Homme et qu'elle serve à restreindre la portée de la déclaration des Nations Unies. Toutefois, jusqu'à présent, le *Projet de Déclaration interaméricaine* ne semble pas susciter beaucoup d'intérêt. Il serait, à notre avis, grand temps d'en prendre connaissance et d'y réfléchir, car

les conséquences de son éventuelle adoption pourraient se répercuter sur le *Projet de Déclaration* des Nations Unies.
