

DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES: COMPATIBILITÉS ET ANTINOMIES

Marlène COLLETTE-LÉVÊQUE

Après plus de 500 ans d'absence au niveau international et dans les Etats où ils habitent, les peuples autochtones ont fait un retour remarqué sur la scène internationale au début des années 70. Frapés de plein fouet par la mondialisation et la globalisation de l'économie qui cherchent à les déposséder non seulement de leurs terres et de leurs ressources naturelles mais également de leurs cultures et connaissances qu'ils ont développés au cours des siècles, les peuples autochtones ont été attirés par le phénomène de renouveau de l'identité culturelle qui a pris toute sa dimension avec la chute du mur de Berlin en 1989 et la décomposition de l'empire soviétique.

Historiquement, la « Conquête » de l'Amérique au XV^{ème} siècle a amorcé la colonisation des « peuples autochtones¹ » de plusieurs continents. Ces peuples ont suivi les établissements de populations venues d'Europe qui les ont dépossédés et expropriés de leurs terres ancestrales. Exploités par d'autres groupes, ils ont été marginalisés et leurs cultures ont été détruites. Ces peuples, qu'ils soient indiens, aborigènes, mais aussi tribus ou bandes² ont été ramenés à un statut d'infériorité par la culture dominante : celle des colonisateurs.

Pendant et après la période de colonisation des Amériques et d'autres continents, le droit a justifié la conduite des Etats européens comme étant une mission civilisatrice et a légitimé la colonisation ainsi que la soumission des aborigènes. Ceci a conduit à considérer leurs cultures, leurs croyances religieuses et leurs réussites sociales comme inférieures. La situation des peuples autochtones a d'ailleurs été émaillée, tout au long de l'histoire, d'insoumissions et de révoltes dans leurs luttes pour garder une identité qui leur est propre. Ces peuples autochtones (groupes non dominants) culturellement distincts des habitants de l'Etat où ils vivent, se sont donc retrouvés marginalisés du pouvoir étatique, de l'activité politique et de l'économie moderne.

On estime aujourd'hui qu'entre 200 et 300 millions d'individus³ sont membres de communautés de peuples autochtones. Cependant, il n'existe pas de définition juridique au niveau international pour désigner les peuples autochtones, comme d'ailleurs, il n'y a pas de

¹ Le terme français « autochtone », d'origine grecque, signifie que le groupe auquel il se réfère a été le premier à habiter dans un endroit donné. Le terme anglais (indigenous) et le terme espagnol (indígenas) viennent eux du mot latin *indigenae*. Ce mot oppose les individus nés dans un endroit donné de ceux venus d'ailleurs (advenae). Les racines sémantiques des termes ont donc un dénominateur conceptuel commun, à savoir l'antériorité dans le temps.

² Selon la Convention n° 107 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) adoptée en 1957 et relative aux populations aborigènes et tribales dans les pays indépendants, les peuples « tribaux » ou « aborigènes » se caractérisent principalement par des traits distinctifs sociaux, culturels, économiques, juridiques et institutionnels. Tous les peuples « aborigènes » sont considérés comme « tribaux » mais les peuples « tribaux » ne sont pas tous « aborigènes ». Le seul facteur qui différencie les peuples « aborigènes » des peuples « tribaux » tient à un passé de « conquête ou colonisation ». Un peuple est donc considéré comme « aborigène » au sens où, historiquement, il a été victime de cette conquête ou de cette colonisation.

³ Estimation tirée de *The Indigenous World 2000-2001*, International Work Group for Indigenous Affairs, Copenhague, Danemark, 2002. La différence entre les deux estimations peut s'expliquer par la prise en compte ou pas de l'auto-identification des autochtones. Ainsi, aux Etats-Unis, par exemple, près de 2,4 millions d'individus s'identifient comme « Native Americans » mais seulement 1,7 millions d'individus sont enregistrés au niveau fédéral dans une tribu connue.

définition des expressions « minorités nationales, ethniques, religieuses ou linguistiques »⁴. Il y a par contre toute une série de critères pour les caractériser.

L'opinion la plus répandue est que le terme recouvre des communautés ou des nations ayant une importante continuité historique comme sociétés, ayant partagé le même territoire avant la colonisation ou l'invasion par d'autres peuples. Ce sont des peuples qui veulent préserver leurs identités ethniques et culturelles, souvent par la conservation de leurs territoires ancestraux. Ils ont la volonté de continuer à vivre comme des communautés distinctes avec leurs propres institutions sociales et juridiques. Ils sont « peuples » parce qu'ils comprennent des identités distinctes et une continuité historique qui les relie aux communautés, tribus ou nations de leur passé ancestral. Ils sont « autochtones » parce que leurs racines ancestrales trouvent leurs sources dans les terres qu'ils habitent. Objectivement, le groupe doit être une minorité non dominante de la population (bien que parfois ils constituent la majorité comme en Bolivie) et les membres doivent partager entre eux quelques caractéristiques communes (langues, croyances...). Subjectivement, les membres du groupe doivent avoir un sentiment commun d'appartenance et le désir de continuer à appartenir à ce même groupe distinct.

La plupart des peuples autochtones cherchent désormais une forme d'autonomie politique à partir d'une identité distincte. Ainsi, plus de cinq cents ans après la découverte de l'Amérique et grâce au mouvement des droits de l'homme déclenché à partir de 1948, les peuples autochtones deviennent peu à peu de vrais acteurs aux niveaux international et national dans les activités normatives et dans l'élaboration d'instruments juridiques les concernant. D'objets, ils sont en train de devenir des vrais sujets de droit international. En effet, la loi internationale donne une reconnaissance accrue aux peuples autochtones. Elle les considère comme des communautés distinctes qui méritent un régime spécial, un régime distinct de celui des minorités.

Désormais, les peuples autochtones luttent pour obtenir des pouvoirs autonomes afin de s'administrer eux-mêmes et de contrôler leurs territoires ancestraux ou bien d'obtenir des indemnités quand la terre n'est plus disponible. Ils considèrent ces objectifs, non pas comme une fin mais plutôt comme des moyens pour consolider et préserver leurs cultures. Ils veulent être reconnus et valorisés comme étant des peuples ayant des cultures distinctes et pouvoir compter avec les ressources nécessaires qui leur permettent de garantir leurs droits à l'autodétermination et leur survie culturelle. Dans cette nouvelle « rencontre » il s'agit de redistribuer des ressources, des terres et le pouvoir administratif entre autochtones et non - autochtones.

Cependant, ces développements coïncident avec la mise en question et la contestation de l'Etat-nation unitaire, qui ne saurait se fractionner et se multiplier, où citoyenneté et nationalité sont une même chose. Cette volonté de reconnaissance et d'autonomie ne peut donc se réaliser que si les Etats dans lesquels ils vivent acceptent de les reconnaître pour ce qu'ils sont. Cette démarche va alors s'inscrire d'une part, à travers l'influence des normes de protection internationales sur le droit interne des Etats (I), et d'autre part, par le biais du développement des relations entre les peuples autochtones et les Etats (II).

⁴ La manière imprécise et ambiguë par laquelle ces termes sont utilisés, est illustrée par la publication *World Directory of Minorities* éditée par Minority Rights Group (Londres). Elle regroupe, à partir de la définition de « minorité » établie par le professeur Capotorti, tant les minorités ethniques, nationales, linguistiques ou religieuses, que les peuples autochtones.

I. - L'INFLUENCE DES NORMES DE PROTECTION INTERNATIONALES SUR LE DROIT INTERNE DES ETATS

Les autochtones ont multiplié leurs interventions auprès des divers organismes internationaux. Désormais, les questions autochtones propres à un pays trouvent automatiquement un écho dans le monde. Des organismes d'appui aux autochtones qui ont émergé dans divers pays européens prennent le relais du discours autochtone. L'action de ces organismes internationaux non gouvernementaux a attiré l'attention internationale sur la situation des autochtones dans diverses parties du globe. La 4^{ème} session du Tribunal Russell qui a siégé en Hollande en 1980 en est un exemple (A). Par la suite, l'Organisation Internationale du Travail (B) et les Nations Unies (C) se sont attachées à développer des instruments juridiques afin de tenter de répondre à leurs revendications.

A. – *Le Tribunal Russell*

A l'initiative d'un organisme non gouvernemental néerlandais, le *Workgroup Indian Project*, s'est tenue à Rotterdam, en novembre 1980, la quatrième session du Tribunal Russell⁵. Ce Tribunal a été fondé à l'origine pour enquêter sur les crimes de guerre au Vietnam.

Cette quatrième session avait pour thème les violations des droits des indiens d'Amérique. Les indiens avaient été invités à soumettre des causes où, selon eux, leurs droits avaient été violés. Des 45 causes qui lui furent soumises, le Tribunal décida d'en entendre 14, avec témoignages et plaidoiries. Le Tribunal a ensuite acheminé ses conclusions dans les 14 causes qu'il a entendues, à la Commission des droits de l'homme de l'ONU. Dans l'introduction de son rapport final, les membres du Tribunal ont fait remarquer la vitalité et la capacité de résistance des peuples autochtones des Amériques, qui ont été soumis à ce qu'ils décrivent comme un programme de destruction culturelle et d'oppression sociale.

B. – *La Convention n° 169 de l'Organisation Internationale du Travail*

L'Organisation Internationale du Travail (OIT) est une organisation tripartite qui réunit sur un même pied d'égalité, pour discuter des questions de travail, des représentants d'Etats, des syndicats de travailleurs et des syndicats d'employeurs. Dès sa création, l'OIT s'est intéressée aux conditions des travailleurs autochtones. En 1957, l'OIT a adopté la Convention n° 107 relative aux populations autochtones et tribales⁶.

Par cette Convention, les Etats s'engageaient à assumer la responsabilité de la protection et de l'intégration progressive des populations autochtones vivant sur leur territoire, et ce, sans avoir recours à la coercition pour y parvenir. Il allait de soi, à cette époque, que les autochtones devaient, tôt ou tard, s'intégrer au reste de la société de la manière choisie par l'Etat. Cette Convention a bien sûr été très critiquée par les groupes autochtones parce qu'elle vise essentiellement l'intégration des autochtones à la société nationale et n'accorde aucune valeur à l'identité culturelle autochtone.

⁵ Le Tribunal Russell est le résultat d'une initiative conjointe du philosophe britannique Bertrand Russell et de l'écrivain Jean-Paul Sartre. Bien qu'il ne dispose d'aucune autorité juridique, chacune de ses quatre sessions a eu beaucoup de retentissement sur le plan international.

⁶ Depuis l'adoption de la convention n°169, la convention n°107 n'est plus ouverte à ratification. En revanche, elle est toujours en vigueur dans les pays ayant une forte population indigène ; elle reste un instrument utile dans ces pays car elle couvre de nombreux domaines essentiels pour les peuples indigènes.

1. - *Des peuples tribaux et des peuples indigènes*

Dans la Convention, sont considérés comme peuples tribaux les peuples qui répondent aux deux critères suivants. Premièrement, ces peuples se distinguent, par leurs conditions sociales, culturelles et économiques, des autres secteurs de la communauté nationale vivant dans ce pays. Deuxièmement, ces peuples sont régis (en tout ou en partie) par leurs coutumes ou traditions propres ou par une législation particulière. Sont considérés comme peuples indigènes les peuples qui répondent aux deux critères suivants. Premièrement, ce sont les descendants des peuples autochtones qui occupaient le territoire à l'époque de la Conquête, de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat. Deuxièmement, ces descendants conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres (ou certaines d'entre elles), et ce, quel que soit leur statut juridique. Un peuple indigène ne doit pas nécessairement avoir conservé tout l'éventail de ses institutions propres ; il suffit qu'il ait maintenu quelques-unes de ces institutions pour répondre à ce dernier critère.

La Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989 donne une valorisation à l'identité autochtone. Elle est actuellement l'instrument de travail le plus exhaustif pour protéger le droit des peuples autochtones et tribaux à conserver leurs us et coutumes dans la communauté nationale au sein de laquelle ils vivent. Les dispositions de la convention établissent des droits minima que doivent être reconnus et respectés par les Etats qui l'ont ratifiée⁷.

Le passage de l'appellation « populations » à celle de « peuples » est le résultat de discussions souvent âpres qui ont prévalu au sein de l'OIT entre 1957 et 1989. Ces discussions ont opposé, d'une part, les représentants gouvernementaux et patronaux et, d'autre part, les représentants autochtones qui, grâce aux représentants des travailleurs, avaient obtenu un droit de parole. En effet, diverses organisations autochtones voulaient que la révision de la Convention n° 107 soit l'occasion d'affirmer leur droit absolu à l'autodétermination au sens du droit international (y compris un droit à sécession), ce à quoi s'opposaient plusieurs Etats, dont le Canada. Selon ceux-ci, l'OIT, en acceptant de discuter ces questions, excédait les limites de sa compétence. Encore une fois, le changement d'appellation est le reflet de l'évolution intervenue au sein de cette organisation. Comme le précise le préambule, l'évolution du droit international et de la situation des peuples indigènes et tribaux dans toutes les régions du monde justifie l'adoption de nouvelles normes internationales sur la question. Ces normes doivent effacer l'orientation des normes intérieures, qui visaient l'assimilation. En somme, en adoptant la Convention n° 169, l'OIT est passée d'une position qui visait l'intégration et l'égalité des droits pour les autochtones à une autre qui préconise désormais le maintien et le développement des peuples autochtones en tant que collectivités distinctes au sein des Etats où ils se trouvent.

2. - *La propriété de leurs terres traditionnelles*

L'un des principes directeurs de la Convention est d'instaurer une relation de respect entre les peuples autochtones et tribaux et l'Etat, sans que cela implique l'autonomie ou l'indépendance politique et territoriale à l'égard de l'Etat-nation.

⁷ Actuellement, 20 Etats ont ratifié cette convention : voir le site de l'OIT
< <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--fr/index.htm> > (consulté le 20.04.2011)

Le texte de la Convention précise que les gouvernements doivent respecter l'importance particulière que revêt pour les autochtones leur relation avec les terres qu'ils occupent ou utilisent. Pour cela, une série de dispositions garantissent des droits fondamentaux des peuples autochtones, notamment : des mesures spéciales pour sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés (art.4) ; le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus de développement qui peut avoir une incidence sur leurs vies, leurs croyances, leurs institutions et leurs terres (art.7) ; le respect de la relation qu'ils entretiennent collectivement avec les terres ou territoires qu'ils occupent ou utilisent (art.13) ; les droits de propriétés et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement, à cet effet, les gouvernements doivent prendre des mesures pour identifier les terres que les peuples intéressés occupent traditionnellement et pour garantir la protection effective de leurs droits de propriété et de possession (art.14) ; la sauvegarde des droits sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres (art.15) ; le droit à ne pas être déplacés des terres qu'ils occupent (art.16).

La Convention a influencé les politiques autochtones de ces pays. La Bolivie, le Mexique et le Pérou ont dû ainsi réviser leurs constitutions afin de reconnaître le caractère multiethnique de leurs populations nationales et la prééminence des peuples autochtones. A la suite de la ratification, le gouvernement de Colombie a cédé de grandes superficies de la forêt amazonienne aux populations autochtones qui y habitent. En Norvège, la ratification a servi à dynamiser le processus de discussions sur les réclamations foncières des Samis. La Convention a aussi servi comme cadre de référence pour la conclusion des accords de paix au Guatemala, notamment pour un accord relatif aux droits des peuples autochtones de ce pays. Pour les pays qui ne l'ont pas encore ratifiée, la Convention n°169 a servi à revoir la situation des peuples autochtones. Ceci a été notamment le cas au Cambodge, au Laos, en Thaïlande et au Vietnam. Ces quatre pays asiatiques ont ainsi demandé l'assistance de l'OIT sur la base de la Convention.

Il est intéressant de remarquer que dernièrement plusieurs plaintes ont été portées contre la Colombie, le Danemark et l'Equateur, dans le cadre des procédures spéciales prévues par les mécanismes de surveillance de l'OIT pour ne pas avoir mis en exécution les dispositions de la Convention. En effet, dans ces pays, les peuples autochtones ne seraient pas suffisamment associés aux décisions qui les concernent en matière de droits fonciers et de développement.

C. Les Nations Unies

En 1996, la Commission des droits de l'homme décida que les questions relatives aux peuples autochtones méritaient d'être traitées sous un angle spécial séparément d'autres thèmes. Cette décision est venue après plus de dix ans d'efforts continus menés par le Groupe de travail sur les populations autochtones créé en 1982.

Ce Groupe a rédigé entre 1985 et 1993 un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones qui reflète le consensus sur ce que les peuples autochtones du monde considèrent comme leurs droits fondamentaux. Les questions traitées vont de la vulnérabilité des populations autochtones dans les conflits armés interne jusqu'à la perte de leurs langues et traditions en passant par l'abolition de leurs droits ancestraux sur les terres qu'ils habitent, l'impact des projets de développement sur leurs modes de vie, la déforestation de leurs territoires à des fins commerciales et la discrimination fiscale dont ils sont victimes.

Le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est un document unique en son genre par la participation active de ces peuples. Le projet contient un préambule de 14 paragraphes et un dispositif de 45 articles qui consacrent pour les peuples le droit à l'égalité et à la non-discrimination, le droit à l'existence physique et à la protection, le droit à la terre ancestrale et aux ressources naturelles, le droit à l'identité, le droit à l'autodétermination.

Parmi les délégations les plus favorables à l'adoption du projet de déclaration tel qu'il est rédigé, se trouvent celles du Danemark, de la Finlande, de la Norvège, de la Suède, du Brésil, de Cuba, de l'Equateur, du Guatemala et du Mexique. D'autres délégations acceptent les principes contenus dans le projet de déclaration mais insistent sur l'adjonction éventuelle d'amendements, parmi celles-ci se trouvent la France⁸, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, les Philippines, la Russie, le Venezuela. Il existe encore un groupe de délégations encore plus récalcitrantes formé par l'Argentine et le Canada. Enfin, un groupe de délégations conteste les principes fondamentaux contenus dans le projet. Ce groupe est formé par l'Australie, le Japon, les Etats-Unis et le Royaume-Uni.

Le qualificatif « peuples autochtones » constitue une des difficultés majeures pour certaines délégations gouvernementales. Un certain nombre d'Etat ne peuvent pas accepter ce terme car il engendrerait trop d'implications en droit international au regard des questions d'autodétermination⁹ et de droits collectifs. Une autre difficulté se retrouve également avec les dispositions de l'article 3 qui consacrent le droit pour les peuples autochtones de disposer d'eux-mêmes et de déterminer librement leur statut politique et d'assurer leur développement économique, social et culturel. Les représentants des autochtones signalent que cet article doit être lu en relation avec l'article 31 qui, se référant à l'exercice du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes, consacre un droit à l'autonomie, que l'on peut interpréter comme une autonomie interne ou comme une décentralisation spécifique. Il faut aussi observer que certains représentants autochtones n'acceptent pas une restriction du droit de libre détermination à une autonomie interne et pensent que le droit d'autodétermination implique la reconnaissance des peuples autochtones et de leurs droits tant au niveau interne qu'au niveau international. Tout ceci soulève donc des difficultés quant à l'intégrité territoriale des Etats ayant des peuples autochtones, surtout si cet article doit être relié aux droits collectifs et à la propriété des terres, territoires et ressources naturelles.

II. – LES RELATIONS DES PEUPLES AUTOCHTONES AVEC LES ETATS

Le système juridique fut un instrument efficace du processus de l'entreprise coloniale de domination. Les juristes (avec leurs élaborations conceptuelles), les lois internes (qui s'appliquent impérativement tant en métropole que dans les colonies), l'appareil judiciaire (soumis à la légalité non – autochtone), un droit international partial (appliqué par la force armée) étaient là pour « valider » juridiquement les différents stades de l'entreprise coloniale.

⁸ Un arrêté préfectoral du 14 septembre 1970 restitua 30 000km² aux amérindiens (Wayampi, Téko et Wayana) désormais habitants exclusifs de ce tiers sud de la Guyane. Cet arrêté surnommé « anti club med » interdit aux touristes de s'y rendre.

⁹ Le droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes est traité plus spécifiquement dans les dispositions des articles 31 à 36 : droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales (culture, éducation, emploi...) ainsi que les moyens de financement ; droit de choisir leur propre citoyenneté ; droit de promouvoir, développer et conserver leurs structures institutionnelles.

Toutefois, nous assistons à la mise en mouvement d'un processus inverse qui déboucherait sur un renouveau de la reconnaissance des peuples autochtones en tant que collectivités distinctes, ce qui leur permettrait de s'affranchir de décennies, voire de siècles, de discrimination et d'intégration forcée (A). Ceci se manifeste par des arrangements constructifs (B).

A. - *Le processus « d'internalisation » des affaires autochtones*

Ce processus « d'internalisation » des affaires autochtones s'entend par le passage de la sphère du droit international à la compétence nationale des Etats de l'application de documents juridiques (Traités¹⁰) adoptés ou négociés plus tard par les premiers Etats colonisateurs et/ou leurs successeurs avec les peuples autochtones.

1. - *Origine et conséquences du processus « d'internalisation »*

Les premières prises de contact entre autochtones et européens ont été de différentes sortes. Certaines n'étaient inspirées que par la force brute. Le destin de dizaine de millions de premiers habitants de l'Amérique latine et des Caraïbes, et celui de leurs descendants a été ainsi scellé pendant plus de 400 ans. Les espagnols et les portugais n'ont pas eu à l'égard des populations autochtones d'Amérique une politique de traité. L'histoire montre que ces deux puissances accordaient un poids important aux bulles papales¹¹ qui, au début, réglaient leurs fréquents différends dans le « Nouveau Monde ». Elles n'ont vu ni l'intérêt ni la nécessité de conclure des traités avec les nations autochtones.

Lorsque les nouveaux Etats d'Amérique latine devinrent indépendants de l'Espagne et du Portugal, des politiques d'assimilation/marginalisation par la force continuèrent à être la base des relations bilatérales « asymétriques » entre les peuples autochtones et les créoles. Pour extraire du domaine international des questions qui entraient à l'origine dans sa sphère d'application et pour justifier qu'elles relevaient de sa seule législation interne et des tribunaux nationaux, les Etats devaient apporter la preuve incontestable que les peuples autochtones concernés avaient renoncé de leur propre gré aux attributs de leur souveraineté.

Dans ce processus « d'internalisation », les décisions des peuples autochtones eux-mêmes furent prises pour la plupart dans des conditions extrêmement difficiles. Par ailleurs, les nations autochtones ne firent pas toujours les choix les plus avisés. A certains moments cruciaux de leur histoire, certaines d'entre elles furent incapables de faire passer la nécessité se s'unir avant leur intérêt individuel, alors que l'unité était indispensable pour faire face comme il convient aux empiètements sur leurs attributs de leur souveraineté.

Sans parler des effets néfastes des politiques d'assimilation qui ont fait décliner leur population partout dans le monde, les peuples autochtones ont été privés ou amputés de trois des quatre attributs essentiels qui fondaient leur statut originel de nations souveraines : leur territoire ; leur capacité reconnue de conclure des accords internationaux ; et leurs formes spécifiques de gouvernement.

¹⁰ En Amérique du Nord et dans d'autres parties du monde, les premiers contacts ne furent pas marqués exclusivement par le recours à la force militaire. Celle-ci allait souvent de pair avec la négociation et l'adoption d'instruments juridiques comme base des relations entre le colonisateur et les peuples autochtones. C'est ainsi que des traités ont été signés entre les colonisateurs et les autochtones dans les pays qui sont devenus ensuite le Canada et les Etats-Unis.

¹¹ Le traité de Tordesillas (1494) concrétisait la ligne de démarcation fixée par le pape Alexandre VI en 1493 dans sa bulle *Inter Caetera* entre les intérêts expansionnistes de l'Espagne et du Portugal. Cette ligne était censée se trouver à environ 45 degrés de longitude ouest. L'Espagne et le Portugal ont fondé leurs revendications respectivement sur le « Nouveau Monde » et sur le Brésil sur ce traité.

2. - *Traités/accords entre peuples autochtones et Etats*

La politique coloniale britannique et française faisait une très large place à la conclusion de traités tandis que peu de traités remontent à l'époque coloniale en Amérique latine. Quand ils établissaient des relations juridiques formelles avec les peuples « d'outre-mer », les européens étaient conscients qu'ils nouaient des relations contractuelles avec des nations souveraines. La « légitimation » de leur colonisation et de leurs intérêts commerciaux commandaient aux puissances européennes de reconnaître les nations autochtones en tant qu'entités souveraines. Les nouveaux arrivants ont malgré tout cherché à dépouiller les peuples autochtones des attributs de leur souveraineté, et en particulier de la juridiction sur leurs terres, de la reconnaissance de leurs formes d'organisation sociale et de leur statut en tant que sujets du droit international. Les peuples autochtones sont passés du statut de nations souveraines à celui d'entités assujetties à un Etat.

Il existe une tendance générale à remettre en question le statut en droit international des traités conclus avec les peuples autochtones. Cette approche maintient que : les peuples autochtones ne sont pas des peuples au sens de cette expression en droit international ; les traités conclus avec les peuples autochtones ne sont pas des traités au sens classique du terme, à savoir des instruments conclus entre Etats souverains (d'où la position adoptée par les juges des Etats-Unis et du Canada en vertu de laquelle les traités conclus avec ces peuples sont réputés n'être que des instruments *sui generis*) ; ces instruments juridiques ont tout simplement été remplacés par les réalités de la vie telles qu'elles se reflètent dans la législation interne des Etats.

Le point de vue dominant est que ces traités sont foncièrement une affaire intérieure, et qu'ils doivent être interprétés, voire appliqués, en faisant appel aux mécanismes existants, comme par exemple les tribunaux et les autorités fédérales et mêmes locales. Cette position n'est pas partagée par les parties autochtones dont les traditions en matière de dispositions conventionnelles et de conclusion des traités (ou en ce qui concerne la négociation d'autres types d'arrangements globaux) diffèrent et, ces peuples continuent à militer en faveur de la reconnaissance du statut international de ces instruments. Pour nombre de peuples autochtones, les traités conclus avec les puissances européennes ou avec les Etats successeurs sont des traités de paix destinés à organiser la coexistence sur un même territoire et non leur exclusion, ni à régler de façon restrictive leur vie (à l'intérieur ou à l'extérieur de ce territoire), sous la juridiction générale des autorités non autochtones. De leur point de vue, cela reviendrait à empiéter sur leur droit à l'autodétermination et/ou leurs droits inaliénables en tant que peuples.

Les peuples autochtones parties aux traités ont, également, rejeté l'hypothèse des Etats selon laquelle les traités prévoyaient la cession sans condition de leurs terres et le transfert de leur juridiction aux Etats colonisateurs. La position autochtone vis-à-vis des traités commence à retenir de plus en plus l'attention de certains pays comme le Chili, la Nouvelle-Zélande et le Canada. Les contradictions constatées à propos de l'interprétation des traités, selon que l'on se rapporte aux thèses des Etats ou aux traditions défendues par les peuples autochtones créent indéniablement dans la pratique une situation conflictuelle. Ces contradictions pèsent lourdement sur la négociation de futurs instruments juridiques entre les peuples autochtones et les Etats, leur formulation et leur mise en œuvre.

L'application des traités existants, conclus avec les peuples autochtones ne saurait donc être aujourd'hui tenue pour acquise. Reste à voir quelle sera l'influence de cet état de choses sur les modalités de négociation d'accords futurs entre les peuples autochtones et les Etats. Le statut et la personnalité juridique des peuples autochtones sur le plan pratique, aux niveaux national et international, en dépendent.

B. - Les arrangements constructifs : exemples pertinents

A l'inverse des traités, les arrangements constructifs relèvent exclusivement de l'ordre interne et se rapportent à tous les textes législatifs et autres documents témoignant de l'établissement, par consensus, de liens juridiques ou quasi juridiques entre toutes les parties. Dans certains pays, des pourparlers ont lieu dont l'objet est de mettre au point ou d'appliquer un régime d'autonomie, d'adopter des mesures qui seraient d'ordre législatif ou constitutionnel, visant à reconnaître aux peuples autochtones un statut juridique propre¹². Néanmoins, il est fort peu probable que la reconnaissance de l'autonomie en faveur des peuples autochtones (quels que soient les pouvoirs ou restrictions dont elle est assortie) ne mette pas automatiquement fin aux aspirations de l'Etat à exercer, à terme, le maximum de pouvoirs possibles (par la voie de l'intégration et de l'assimilation de ces peuples), et d'invalider les droits inaliénables que ces peuples pourraient avoir.

Dans toutes les situations, qu'elles soient ou non régies par des traités ou des accords, la question de l'extinction éventuelle des droits des autochtones sur leurs terres, par « arrangements constructifs » revêt une importance cruciale en ce qu'elle impose une contrainte sur les autochtones.

1. - L'Amérique latine

En Amérique Latine, il eut des développements importants concernant les peuples autochtones, en particulier au niveau législatif mais également dans les processus de négociations qui se sont engagés, dans plusieurs pays, entre les peuples autochtones et l'Etat¹³. Il faut noter en particulier l'exemple de la Constitution du Brésil, adoptée en 1988, qui comporte des dispositions importantes prévoyant la délimitation et la protection des terres autochtones. Ces dispositions obligent entre autre l'Etat à démarquer les terres ancestrales des Indiens et à protéger leurs propriétés et biens. Une fois les territoires des Indiens démarqués, ceux-ci deviennent inaliénables et ne sont plus disponibles. Les droits des Indiens sur ces territoires sont imprescriptibles. Dans d'autres pays d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud¹⁴, la Constitution reconnaît désormais la possession par les autochtones de terres ou de ressources naturelles communautaires et/ou garantit l'attribution ou la délimitation de ces terres. De plus, les Constitutions de la Bolivie, de la Colombie et du Pérou reconnaissent le droit des peuples autochtones à l'autoadministration de leurs territoires, à condition que celle-ci soit compatible avec la Constitution ou les lois de l'Etat. La Constitution de l'Equateur contient également des dispositions spécifiques relatives aux peuples autochtones, qui se définissent eux-mêmes comme nationalités ayant des racines ancestrales.

¹² Par exemple, dans le cas du Panama, par le jeu de l'autonomie, l'Etat a reconnu les autorités politiques traditionnelles des autochtones ainsi que leur droit d'exercer un certain contrôle sur les politiques de développement à l'intérieur de leurs territoires.

¹³ Par exemple, au Mexique avec les revendications au Chiapas et le mouvement de révolte mené par le commandant Marcos.

¹⁴ En Argentine, Bolivie, Equateur, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou et Venezuela.

2. – L’Australie et les aborigènes

En Australie, le gouvernement a, par une loi du 5 mars 1990, créé la Commission des aborigènes et des insulaires du Détroit de Torres. Elle est le principal organe de décision en ce qui concerne les affaires aborigènes. Toutefois, depuis 2000, nous assistons à un revirement de la politique australienne envers les autochtones. Ainsi, le gouvernement australien a déclaré qu’il refusait désormais toute ingérence de la communauté internationale et toute coopération avec les Nations Unies en matière de droits autochtones. Néanmoins, depuis 1980, les autochtones australiens défendent l’idée de Makarrata (ce qui signifie traité en aborigène) pour régler leur situation. Le Makarrata devrait être analysé non seulement dans un contexte de réconciliation, aux termes de la loi portant création du Conseil pour la réconciliation avec les aborigènes, mais aussi à la lumière de l’évolution législative et juridique. Ainsi, dans l’arrêt *Mabo c. Queensland*, rendu en 1992, la Haute Cour australienne a dénoncé les effets juridiques injustes et discriminatoires de la doctrine de *Terra nullius*¹⁵. Cependant, il faut bien reconnaître, les juges restent prudents, surtout au regard du coût du règlement du problème autochtone et en particulier au regard des droits fonciers. Les autochtones se plaignent toujours du fait que l’Etat australien revendique d’éteindre les titres de propriété foncière en promulguant des lois qui y portent atteinte d’une manière discriminatoire. La question qui se pose est alors de savoir dans quelle mesure le gouvernement australien peut continuer d’éteindre les titres de propriété foncière des autochtones. Ainsi, l’adoption en 1998 de la loi sur les titres de propriété autochtones énonce un certain nombre de modalités selon lesquelles un titre autochtone peut être éteint. Tout ceci montre que l’eurocentrisme et la discrimination continuent d’influer sur le droit interne et la jurisprudence des tribunaux nationaux, et qu’un tel parti pris risque d’enfermer les peuples autochtones dans un débat juridique qui ne prend pas en compte leurs valeurs, institutions et perspectives culturelles spécifiques.

3. – Le Canada et le Nunavut

Au Canada, les autochtones représentent approximativement 4% de la population. La Loi constitutionnelle de 1982 consacre l’indépendance complète du Canada. La Loi de 1982 comprend une Charte canadienne des droits et libertés et introduit un ensemble de nouvelles normes juridiques relatives aux autochtones. Ainsi, pour la première fois le terme « peuples autochtones » (les indiens, les Inuits et les métis) est introduit dans la Constitution canadienne pour décrire ces communautés. Ce terme renvoie aussi à un droit inhérent à l’autonomie gouvernementale.

Le 1^{er} avril 1999, un cinquième du territoire du Canada a été rendu au contrôle politique de ses habitants autochtones traditionnels : les Inuits. Le territoire de Nunavut couvre une surface de plus de 2,1 millions de km², correspondant approximativement à celle de toute l’Europe. Les frontières de ce nouveau territoire, faisant partie de la fédération du Canada, ont été établies par la Loi sur l’Accord de la revendication territoriale de Nunavut (Nunavut Land Claim Agreement Act) et la Loi sur Nunavut (Nunavut Act), adoptées par le Parlement canadien en novembre 1993. Cet Accord est un traité moderne dans le cadre de l’article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

¹⁵ Selon les doctrines de la découverte et de la *Terra nullius*, nées avec le développement du droit international, les terres autochtones sont inoccupées jusqu’à l’arrivée d’une présence coloniale et peuvent par une occupation de fait devenir la propriété de la puissance colonisatrice.

Le préambule de cet Accord énonce les quatre objectifs majeurs : la définition des droits de propriété et d'utilisation des terres et des ressources ainsi que des droits des Inuits à participer dans le processus de décision ayant trait à l'utilisation ; l'administration et la préservation des terres, eaux et ressources ; l'établissement des droits des Inuits sur la vie sauvage ainsi que les droits à participer à la prise de décision qui s'y réfèrent ; l'indemnisation financière aux Inuits ainsi que l'attribution de moyens pour pouvoir participer activement à la vie économique ; l'encouragement à l'autonomie et au bien être social des Inuits.

Par ailleurs, cet Accord donne aux Inuits de Nunavut une série de droits protégés par la Constitution ainsi que des privilèges dont les Inuits pourront jouir en permanence (droits prioritaires pour l'exploitation de la vie sauvage ; la création d'une série d'institutions publiques avec une participation égale entre Inuits et représentants du gouvernement pour conseiller le gouvernement du Nunavut, etc.). Présenter par l'actuel premier ministre Paul Okalik, le tout premier bilan politique du Nunavut se caractérise par la prudence. L'examen des comptes publics réalisé en mars 2001 indique que le Nunavut se situe au niveau de l'ensemble canadien. En revanche, l'un des objectifs, la création d'une fonction publique Inuit à 85%, n'est pas atteint. En effet, le gouvernement fédéral accuse quelques retards à honorer ses promesses de soutien financier et d'aides en matière d'emploi, de santé, d'éducation, de logement et d'infrastructure. La situation reste d'autant plus délicate que la création du Nunavut se veut pour le Canada une démonstration de sa capacité à partager équitablement la richesse collective en plaçant sur un pied d'égalité les premiers occupants et la société dans son ensemble. Malgré cela, les Inuits du Nunavut sont convaincus que l'autonomie obtenue leur permettra de conserver leur identité, leur langue, leur culture et traditions. Cette autonomie est un moyen de combler les aspirations des peuples autochtones sans mettre en péril l'intégrité territoriale des Etats où ils habitent.

D'une façon générale, la conclusion au Canada de plusieurs ententes sur les revendications territoriales globales et de traités dits « contemporains » montre la grande diversité des parties (nations autochtones, autorités provinciales et gouvernement fédéral) au processus. Cette évolution du Canada est d'intérêt pour les pays multinationaux, car elle met en lumière l'utilité qu'il y a à formuler des « règles fondamentales » équitables. Ces règles ont vocation à s'appliquer aux négociations conduites pour élaborer et conclure des « arrangements constructifs », qu'aux mécanismes de mise en œuvre, nécessaires pour appréhender les problèmes des autochtones sous une nouvelle optique.

4. – *Le Danemark et le Groenland*

En 1979, par voie de référendum, l'autonomie au Groenland a été introduite par une loi cadre (*Home Rule Act*) en vertu de laquelle Copenhague lui délègue un certain nombre de pouvoirs. Cette loi sur l'autonomie donne la responsabilité des décisions sur toutes les questions qui sont propres au Groenland. Toutefois, des limitations existent : la souveraineté, par exemple, reste le privilège des autorités centrales du royaume. Certaines affaires d'Etat échappent également au pouvoir autonome, comme les relations étrangères, la défense nationale, etc.

D'un certain point de vue, ce processus aurait pu avoir quelque légitimité s'agissant de l'exercice effectif par les groenlandais du droit à l'autodétermination, si la participation de la population autochtone du Groenland n'avait pas été limitée. Toutefois, ce type de « régime d'autonomie » n'équivaut pas à l'exercice par la population du Groenland du droit à l'autodétermination. Par ailleurs, la manière dont les négociations entre les autorités

groenlandaises et danoises se sont déroulées avant l'entrée en vigueur du régime d'autonomie interne en 1979 ne saurait en aucune façon être considérée comme un exemple constructif du plein exercice de ce droit inaliénable. D'un autre point de vue, nous pouvons considérer qu'une majorité de la population du Groenland s'est manifestée pour une évolution progressive vers la séparation.

Cependant, beaucoup d'auteurs considèrent que la loi relative à l'autonomie du Groenland est probablement l'un des meilleurs exemples de loi-cadre constructive, visant à prendre en considération les droits et les aspirations des peuples autochtones. L'une des caractéristiques importantes de cette loi est qu'elle reconnaît aux Inuits l'autorité nécessaire pour prendre des décisions au sujet de l'utilisation des terres. En particulier, le gouvernement autonome, qui est élu par le Parlement, a un droit de veto en matière de développement ou de mise en valeur.

Malgré tout, des avancées juridiques, telles que nous venons de les étudier, ne s'étendent pas à tous les pays. Ainsi, les peuples à qui l'Etat n'a pas reconnu le statut de peuple autochtone, n'ont aucun recours possible, ni en droit, ni par voie de négociations, en cas de conflit portant précisément sur ce statut. Des peuples appartiennent à cette situation lorsqu'ils se trouvent dans les cas suivants : des peuples autochtones qui n'ont jamais établi de relations contractuelles avec aucun Etat ; des peuples autochtones parties à des instruments que l'Etat partie a abrogé unilatéralement soit officiellement soit en ne les exécutant pas ; des peuples autochtones qui ont participé à la négociation et à l'adoption d'instruments que les organes publics compétents n'ont jamais ratifiés ; des peuples autochtones qui vivent dans des pays où du fait d'un processus d'acculturation effectif, il n'existe pas de dispositions législatives internes leur garantissant un statut unique et protégeant leurs droits en tant que peuple. Les Mayas au Guatemala¹⁶ et les Aïnous¹⁷ au Japon sont des exemples de peuples autochtones qui n'ont jamais établi de relations juridiques contractuelles avec l'Etat.

L'absence d'accord peut avoir des conséquences parfois graves sur le statut juridique et politique des peuples concernés au sein des sociétés mixtes dans lesquelles ils vivent aujourd'hui et sur la préservation, la promotion et la réalisation effective de leurs droits historiques en tant que peuples, y compris leurs droits et libertés individuels.

Conclusion

Dans la plupart des cas où des peuples autochtones vivent dans un Etat multinational moderne, leur indice de développement social est plus faible, ou moins favorable, que celui de la composante non autochtone avec laquelle ils coexistent. Il en est ainsi de certains des indices socioéconomiques les plus importants : emploi, revenu annuel, etc. Par ailleurs, ils ont été frappés de plein fouet par la mondialisation et la globalisation de l'économie.

¹⁶ Cependant, il faut signaler que les Accords de paix négociés sous les auspices de l'ONU contiennent des dispositions au sujet de leur identité, de leur relation à la terre, de leurs droits aux terres autochtones et de la restitution de celles-ci.

¹⁷ Il s'agit d'une communauté très ancienne et mystérieuse, dont une petite population (20 000) survit encore au nord du Japon, à Hokkaido. Longtemps considérés comme une population barbare, ils se différencient d'abord physiquement en ce sens qu'ils ressemblent plus à des caucasiens, mais aussi culturellement. Poussés à l'assimilation au monde moderne, peu d'entre eux parlent encore leur langue et leur civilisation est sur le point de disparaître. L'ONU dénonce d'ailleurs les discriminations qui pèsent sur les minorités intérieures, voir par exemple, P. PONS, *L'ONU dénonce la persistance de la xénophobie au Japon*, Le Monde du 13 juillet 2005, p. 4.

Toutefois, ces nouveaux acteurs ont acquis une place aux niveaux national et international et sont devenus des interlocuteurs valables et respectés des gouvernements et des organisations internationales. Dans les dialogues établis avec les Etats, les peuples autochtones et les représentants gouvernementaux essaient de trouver un nouveau paradigme qui prenne en considération toutes les revendications accumulées au cours des siècles de discrimination et de dépossession. Ce dialogue qui paraissait, il y a quelques années, comme une tâche impossible, est en train d'avancer rapidement et de faire des percées extraordinaires dans un certain nombre de domaines, un peu partout dans le monde.

Le mouvement des peuples autochtones s'est engagé dans un processus irrévocable qui ne peut faire marche arrière, et ceci malgré les obstacles créés ici ou là par des gouvernements qui voudraient bien l'arrêter et le faire reculer. Le dialogue et les rencontres entre les peuples autochtones et les secteurs dominants de nos sociétés se déroulent dans un cadre mondial où poussent « les identités meurtrières¹⁸ » et où les gouvernements craignent la sécession et l'implosion de l'Etat-nation. C'est dans ce cadre que les peuples autochtones ont engagé diverses stratégies, utilisant parfois les mécanismes judiciaires nationaux ou des négociations politiques avec les gouvernements, ou encore en faisant appel aux mécanismes internationaux quasi-judiciaires ou à des procédures internationales contentieuses. Les résultats obtenus, comme nous avons pu le constater dans les quelques exemples analysés, marquent la voie de nouvelles formes d'autonomie et de relations à l'intérieur de l'Etat qui devront être prises en compte dans le nouveau modèle de société de ce début de XXI^{ème} siècle.

¹⁸ Titre du livre d'Amin Maalouf où il analyse le phénomène du besoin d'appartenance collective, qu'elle soit culturelle, religieuse ou nationale et qui conduit à la peur de l'autre, à sa négation et à la violence sous prétexte qu'il est différent. A. MAALOUF, *Les identités meurtrières*, Le livre de Poche, Grasset, Paris, 1998.