

La Convention N° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l'O.I.T. : observation sur son importance et son actualité au Canada

Michael HUDSON*

I.- La Convention n° 169 et ses bénéficiaires
 II.- La Convention n° 169 et les obligations générales des États parties

III.- La Convention n° 169 et ses dispositions sur les terres et territoires

Dans ce commentaire, nous nous proposons d'analyser la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*¹, adoptée en 1989 par l'Organisation internationale du travail. Nous nous poserons quelques questions quant aux différentes interprétations possibles des articles qui la constituent. Afin de situer la question qui nous intéresse, il y a lieu d'analyser, dans un premier temps, la Convention qui la précède, la *Convention (n° 107) concernant la protection et l'intégration des populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*² et le processus qui a mené à l'adoption de la nouvelle Convention No 169.

Depuis 1926, l'O.I.T. consacre une attention particulière aux problèmes des travailleurs indigènes, mais ce n'est qu'en 1944 qu'elle a fait une distinction entre les travailleurs indigènes vivant dans les colonies et ceux vivant dans les pays indépendants. En 1953, elle a entrepris une étude approfondie qui démontrait la gravité particulière des problèmes des travailleurs indigènes dans les pays indépendants. L'étude conclut, en outre, que ces problèmes résultaient du faible niveau d'intégration des indigènes aux sociétés majoritaires de leurs pays respectifs.

L'étude était imprégnée de l'attitude sociale de l'époque, résumée par l'extrait suivant: «Quand l'expression «travailleur indigène» est utilisée, l'accent devrait être placé sur le mot «travailleur», et non pas sur le mot «indigène».

Les travaux de l'époque ont mené à l'adoption de la Convention n° 107. L'attitude voulant que le devoir primaire des gouvernements concernés était d'intégrer les groupes indigènes et tribaux à la société majoritaire de leurs pays dans les plus brefs délais, évoquée dans l'étude de 1953, était reprise dans la Convention n° 107. Par conséquent, les politiques gouvernementales envisagées par la Convention n° 107 avaient comme but principal une intégration complète et efficace de la masse ouvrière indigène aux sociétés majoritaires. Avec l'évolution des attitudes sociales face aux groupes indigènes, nous sommes en mesure de constater que

cet accent sur l'intégration était une invitation aux gouvernements concernés d'assimiler les groupes indigènes et tribaux.

Eu égard à l'évolution d'attitudes dans certains pays et le nombre restreint de ratifications de la Convention n° 107, on a décidé, lors de la Conférence générale de l'O.I.T., de former un groupe d'experts qui évalueraient la possibilité de réviser ladite Convention. Pour donner suite aux travaux de ce groupe et des recommandations qu'il formulait en 1986, l'O.I.T. entamait le processus de révision.

En 1987, l'O.I.T. demandait aussi aux gouvernements intéressés de répondre à un questionnaire portant sur la Convention n° 107 et sur l'orientation d'une éventuelle Convention révisée. Le gouvernement du Canada a fourni, avec sa réponse, l'ensemble des commentaires des organismes autochtones du pays. Le Bureau international du travail préparait à la lumière des réponses aux questionnaires, la première ébauche d'une nouvelle Convention. En 1988 et 1989, la Conférence générale de l'O.I.T. étudiait en profondeur le texte de cette ébauche et en débattait intensément le contenu. Le texte révisé qui en est ressorti est celui de la Convention actuelle.

La Convention n° 169 traite des 10 sujets suivants : politique générale, terres, recrutement et conditions d'emploi, formation professionnelle, artisanat et industries rurales, sécurité sociale et santé, éducation et moyens de communication, contact et coopération à travers les frontières, administration, dispositions générales et dispositions finales. Dans le cadre de ce commentaire, nous examinerons en particulier les dispositions de la Convention en identifiant les bénéficiaires (I) des obligations générales des États parties (II) et celles relatives aux terres et territoires des peuples autochtones et tribaux (III).

* Avocat et conseiller aux services juridiques du ministère des Affaires indiennes et du Nord. Les observations formulées dans ce texte sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les positions du gouvernement du Canada.

¹ Ci-après dénommée Convention n° 169 ou Convention.

² Reproduit dans B.I.T., *Conventions et recommandations internationales du travail 1919-1984*, (1985), vol. II, p. 994 [ci-après dénommée Convention n° 107].

I.- La Convention n° 169 et ses bénéficiaires

La première partie de la Convention définit les groupes auxquels elle doit s'appliquer, soit les peuples tribaux et indigènes dans les pays indépendants. Les premiers sont des peuples «qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques, et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leurs sont propres ou par une législation spéciale [...]»³.

Les seconds sont des peuples «qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête, ou 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 elles»⁴.

Au Canada, on pourrait envisager l'application de la Convention aux peuples autochtones reconnus dans sa Constitution⁵, c'est-à-dire les Indiens, les Inuit et les Métis. Il faut porter une attention particulière aux définitions de l'article 1 de la Convention dans l'optique de la mise en oeuvre des articles relatifs à des peuples aussi différents que le sont les Inuit et les Métis.

II.- La Convention n° 169 et les obligations générales des États parties

Les autres articles de la première partie imposent aux gouvernements visés l'obligation «de développer une action coordonnée et systématique en vue de protéger les droits de ces peuples et de garantir le respect de leur intégrité»⁶ et celle d'adopter des mesures spéciales «en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés»⁷. De plus, «les peuples indigènes et tribaux doivent jouir pleinement des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...]»⁸.

Dans la mise en oeuvre de ces obligations, les gouvernements visés sont restreints par le principe voulant qu'aucune mesure ne soit imposée contrairement aux désirs des peuples indigènes et tribaux, ni en dérogation à des droits qui s'attachent à leur généralité de citoyen⁹. En outre, les gouvernements visés sont obligés, quant aux mesures détaillées dans la première partie, de consulter les peuples intéressés «par les procédures appropriées et, en particulier, à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement [...]»¹⁰.

³ Convention n° 169, art. 1.1 a).

⁴ *Id.*, art. 1.1 b).

⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11), art. 35 (2).

⁶ Convention N° 169, art. 1.1 a).

⁷ *Id.*, art. 4.1.

⁸ *Id.*, art. 3.1.

⁹ *Id.*, art. 4.2 et 4.3.

¹⁰ *Id.*, art. 6.1 a).

III.- La Convention n° 169 et ses dispositions sur les terres et territoires

La deuxième partie de la Convention concerne entre autres les terres et territoires des peuples indigènes et tribaux. Étant donnée l'importance accordée à ces sujets dans la rédaction de la Convention, tant par les gouvernements visés que par les peuples indigènes et tribaux, la deuxième partie a soulevé de nombreux débats à Genève. Les articles de la deuxième partie sont le fruit d'un compromis entre plusieurs positions.

L'article 13 présente une directive générale ordonnant aux gouvernements visés de reconnaître et de respecter «l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires [...] qu'ils occupent ou utilisent [...]»¹¹. Par ailleurs, les gouvernements visés sont aussi appelés à respecter les «aspects collectifs de cette relation»¹².

L'article précise également que «l'utilisation du terme «terres» dans les articles 15 et 16 comprend le concept de «territoires», lequel recouvre la totalité de l'environnement des régions que les peuples occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière [...]»¹³. À cet égard, notons que le terme «terres» prend une portée plus large que le concept traditionnel de propriété. Dans le contexte canadien, on doit donc se demander si les territoires où les autochtones pratiquent encore les activités traditionnelles de chasse et de pêche sont visés par cet article. Suivre une telle ligne de pensée aurait des ramifications très larges; soit d'envisager pour les peuples autochtones l'octroi de droits relatifs aux ressources naturelles, même souterraines, sur un territoire d'une superficie énorme.

L'article 14 oblige les gouvernements visés à reconnaître les droits de propriété et de possession, sur les terres occupées traditionnellement par les peuples intéressés. Notez bien qu'encre une fois, le terme «terres», dans cet article, prend un sens expansif à cause du choix de l'expression «occupées traditionnellement». De plus, il n'est pas clair si l'article s'applique aux terres occupées traditionnellement, dans le sens historique, ou actuellement occupées d'une façon traditionnelle. Toutefois, l'article 14 utilise le verbe «occuper» au présent, ce qui semble suggérer que la deuxième interprétation est la plus juste.

Au Canada, les terres réservées à l'usage et au profit des Indiens ne peuvent être considérées comme des terres appartenant aux bandes indiennes. La meilleure façon d'interpréter les droits des bandes dans les réserves est en tant que «droit de possession»¹⁴. L'allusion n'est toutefois pas parfaite, les droits des bandes étant plus étendus qu'un simple droit de possession.

L'article 14 oblige également les gouvernements visés à prendre les «mesures nécessaires»¹⁵ pour sauvegarder le droit, qu'ont les peuples intéressés, d'utiliser une deuxième catégorie de terres, c'est-à-dire «les terres non-exclusivement

¹¹ *Id.*, art. 13.1.

¹² *Ibid.*

¹³ *Id.*, art. 13.2.

¹⁴ *Id.*, art. 14.1.

¹⁵ *Id.*, art. 14.2.

occupées par eux, mais auxquelles ils ont traditionnellement accès pour leur activités traditionnelles et de subsistance»¹⁶. À cet égard, les gouvernements visés sont obligés de porter une attention particulière «à la situation des peuples nomades et des agriculteurs itinérants»¹⁷. Encore une fois, dans le contexte canadien, cet article pourrait inclure les vastes territoires de l'Ouest du pays où les autochtones se sont vu accorder, par traités, des droits de chasse et de pêche sur les terres non-occupées de la Couronne. Il est très important de reconnaître que la population en général pratique de telles activités sur ces terres, non pas en tant que droit, mais en tant que privilège accordé par les lois fédérales et provinciales.

L'article 14 prévoit enfin que les «gouvernements doivent en tant que de besoin 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»¹⁸. En outre, les gouvernements doivent instituer des procédures adéquates «dans le cadre du système juridique national en vue de trancher les revendications relatives à des terres émanant des peuples intéressés»¹⁹.

Au Canada, à première vue, on peut s'imaginer que la capacité du système juridique à reconnaître et à protéger ces droits est visée par cet article. L'article est cependant plus flexible quant aux procédures qu'il s'agit d'instituer. Il semble suggérer que les parties intéressées peuvent utiliser des mesures non juridiques, telle que la négociation des revendications territoriales des autochtones dans l'encadrement de la politique canadienne actuelle.

L'article 15 oblige les gouvernements visés à prendre des mesures spéciales pour sauvegarder les droits des peuples indigènes et tribaux quant aux ressources naturelles dont leurs terres seraient dotées²⁰. De plus, l'article précise que ces droits comprennent le droit «de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources»²¹. Dans les cas où une communauté indigène est propriétaire des terres qu'elle occupe, nous ne prévoyons pas de problèmes majeurs quant au respect des directives. Toutefois, si les terres visées par l'article 15 englobent les régions plus vastes, utilisées d'une quelconque manière par ces peuples, comme l'article 13 semble le suggérer, l'application de l'article 15 risque d'avoir des conséquences marquées dans les pays où, comme au Canada, l'extraction des ressources naturelles est importante.

L'article 16 énonce le principe voulant que «les peuples intéressés ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent»²². Cette expression en est ainsi une autre pour désigner les terres visées par la Convention, distinctes des expressions utilisées antérieurement.

L'article 16 précise, par ailleurs, que les gouvernements visés, dans les cas exceptionnels où le déplacement et la réinstallation desdits peuples seront jugés nécessaires, ne devront pas agir sans le consentement libre des

peuples impliqués²³. La Convention donne, comme exemple de procédure appropriée dans ces situations, des enquêtes publiques, établies par un programme législatif²⁴.

Si le déplacement s'avère inévitable, les gouvernements visés seront également obligés de permettre aux peuples en question «de retourner sur leurs terres traditionnelles, dès que les raisons qui ont motivé le déplacement [...] cessent d'exister»²⁵. En présence d'un autre nouveau terme, soit des «terres traditionnelles»²⁶, il y a lieu de se demander une fois de plus quelles terres sont visées par les obligations de cet article²⁷.

Dans les cas où un tel retour est impossible, les gouvernements visés doivent identifier, avec l'accord des peuples intéressés, ou par le biais de procédures appropriées, «des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement [...]»²⁸. Dans le cas de certains pays, on peut facilement imaginer les problèmes pratiques qui résulteront de ce devoir d'identifier des terres ayant de telles qualifications. Les terres trouvées pour remplacer les terres perdues doivent également répondre aux besoins actuels des peuples intéressés et pouvoir assurer leur développement futur²⁹. L'article conclut toutefois, au cas où le peuple expulsé exprime le désir d'être dédommagé par une indemnisation en espèces, à l'obligation des gouvernements visés de respecter la volonté des peuples intéressés³⁰.

L'article 17 crée l'obligation, pour les gouvernements visés, de prendre des mesures protégeant les terres des peuples indigènes et tribaux. Tout d'abord, lesdits gouvernements devront respecter les modes de transmission des droits immobiliers entre les membres desdits peuples³¹. Les peuples intéressés devront également «être consultés lorsque l'on examine leur capacité d'aliéner leurs terres ou de transmettre d'une autre manière leurs droits sur ces terres en dehors de leur communauté»³².

Les gouvernements visés sont ensuite appelés à prendre des mesures pour empêcher les personnes qui n'appartiennent pas à ces peuples «de se prévaloir des coutumes desdits peuples ou de l'ignorance de leurs membres à l'égard de la loi, en vue d'obtenir la propriété, la possession ou la jouissance de terres leur appartenant»³³. En outre, l'article 18 dispose que la loi nationale «doit prévoir des sanctions adéquates pour toute entrée non autorisée sur les terres des peuples intéressés [...]»³⁴.

Le dernier article de cette deuxième partie de la Convention traite des programmes agraires nationaux. Cet article vise à assurer que de tels programmes bénéficient aux peuples indigènes et tribaux au même degré qu'à la population nationale. L'article précise l'application de ce

16 *Id.*, art. 14.1.

17 *Ibid.*

18 *Id.*, art. 14.2.

19 *Id.*, art. 14.3.

20 L'interprétation large du terme «terres» contenue à l'article 13 de la Convention N° 169.

21 Convention N° 169, art. 15.1.

22 *Id.*, art. 16.1 [Les soulignés sont de l'auteur].

23 *Id.*, art. 16.2.

24 *Ibid.*

25 *Id.*, art. 16.3.

26 *Ibid.*

27 *Id.*, art. 16.1.

28 *Id.*, art. 16.4.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 *Id.*, art. 17.1.

32 *Id.*, art. 17.2.

33 *Id.*, art. 17.3.

34 *Id.*, art. 18.

principe dans l'octroi de terres supplémentaires, lorsque les terres existantes de ces peuples sont insuffisantes pour assurer un niveau de vie normal³⁵, et dans «l'octroi des moyens nécessaires à la mise en valeur des terres que ces peuples possèdent déjà»³⁶.

Même s'il n'est pas inclus dans la deuxième partie de la Convention, nous porterons notre attention sur l'article 7. C'est de lui que découle le principe que les «peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus de développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière [...]»³⁷. Dans ces régions, les peuples indigènes et tribaux «doivent participer à l'élaboration, à la mise en oeuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement [...] susceptibles de les toucher directement»³⁸.

Dans les plans de développement des régions habitées par les peuples indigènes et tribaux, que l'on reconnaît plus grande que «les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière»³⁹, les gouvernements doivent reconnaître comme priorité «l'amélioration des conditions de vie et de travail des peuples intéressés et de leur niveau de santé et éducation [...]»⁴⁰ dans les plans de développement économique.

Les gouvernements visés sont également obligés d'effectuer les études nécessaires afin d'évaluer l'incidence sociale, spirituelle, culturelle et sur l'environnement que les activités de développement pourraient avoir sur les peuples concernés⁴¹. Les résultats de telles études doivent former la base pour la mise en oeuvre de plans de développement⁴². Les gouvernements visés doivent prendre les mesures appropriées pour protéger et préserver l'environnement dans les territoires habités par ces peuples⁴³.

Ces articles, concernant les terres visées par la Convention, ont été examinés en profondeur dans le cadre d'un groupe de travail établi par la conférence générale de 1989, ayant pour mandat d'étudier les questions associées à la deuxième partie de la Convention. Suite à de nombreux débats et quelques dizaines de suggestions de modification apportés par les délégués des gouvernements, des employeurs, des travailleurs et des observateurs indigènes et tribaux, un texte de consensus a été accepté. Le texte final n'a cependant pas tout à fait été à la hauteur des attentes, étant donné la grande divergence dans les positions des États représentés, chacun ayant un système juridique différent.

Certains aspects de la Convention ont déplu aux gouvernements visés et d'autres aux représentants des peuples intéressés.

Quand le texte a été présenté devant la Conférence, la délégation canadienne a fait une intervention, résumée ainsi dans le compte rendu de la session :

Le délégué du gouvernement canadien a rappelé les trois principales préoccupations qu'il avait exprimé durant la discussion générale. La formulation du groupe de travail pour l'article 13 était acceptable parce qu'elle prévoyait de manière adéquate la situation où les droits concernaient les terres et non les territoires. Sa délégation avait des problèmes avec l'article 14, tel qu'il était rédigé, et a reconnu que l'insertion de «usage» pouvait causer des problèmes à certains pays. Il a proposé «propriété ou possession». Il a soutenu le point de vue des membres employeurs concernant l'utilisation de «ont occupé» plutôt que «occupent», ce qui pouvait causer d'importants problèmes pour la plupart des pays. L'article 1, tel que rédigé, serait acceptable si le texte que le groupe de travail avait pour l'article 13 était adopté. Il était d'accord avec le but fondamental de l'article 16. Il préférait le projet de texte du Bureau pour l'article 17 mais était disposé à accepter la proposition des membres travailleurs pour l'article 17(2) au nom du consensus. Il a également accepté le texte de la Bolivie pour les articles 18 et 19.

La Convention n° 169 a été adoptée par la Conférence générale de l'O.I.T. en juillet 1989 par un vote de 128 voix en faveur, 1 contre (délégué employeur des Pays-Bas) et 49 abstentions. Le Canada a voté en faveur de la Convention. Lors de la session finale de la Conférence, le délégué du gouvernement canadien affirmait :

Ma délégation a voté pour la nouvelle Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, car le Canada a souscrit aux objectifs tendant à réviser l'instrument de 1957, et également parce qu'il y a beaucoup de points que nous voulons appuyer dans cette Convention. Néanmoins, nous sommes très préoccupés par certains éléments du texte révisé, notamment l'article 13, paragraphe 2 et l'article 14. Ces préoccupations sont consignées en détail dans le paragraphe 150 (que je viens de lire) du rapport de la Commission.

La prochaine étape dans le processus de l'O.I.T. est celle du dépôt, par chacun des délégués gouvernementaux, d'une copie de la nouvelle Convention auprès des institutions nationales appropriées. Dans le contexte canadien, la Convention devrait donc être déposée auprès du Parlement. La Convention devrait être accompagnée d'un rapport préparé par le gouvernement fédéral, portant sur la situation actuelle des peuples autochtones, identifiant des mesures nécessaires pour la mise en oeuvre de la Convention. Cette dernière, ainsi que le rapport, seront probablement déposés au Parlement avant la fin de 1990.

L'article 38 de la Convention stipule qu'elle entrera en vigueur 12 mois après les ratifications de deux membres de l'O.I.T. Par la suite, la Convention entrera en vigueur pour chaque membre, 12 mois après la date de l'enregistrement de leur ratification.

35 *Id.*, art. 19 a).

36 *Id.*, art. 19 b).

37 *Id.*, art. 7 §1. Notez bien la nouvelle terminologie utilisée quant à la description des régions envisagées par l'article.

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 *Id.*, art. 7 §2.

41 *Id.*, art. 7 §3.

42 *Ibid.*

43 *Id.*, art. 7 §4.