



Conseil économique et social

Distr. générale
8 février 2011
Français
Original : espagnol

Instance permanente sur les questions autochtones

Dixième session

New York, 16-27 mai 2011

Point 7 de l'ordre du jour provisoire**

**Travaux futurs, questions relatives au Conseil économique
et social et questions nouvelles**

Étude sur le droit pénal international et la défense judiciaire des droits des peuples autochtones

Présentée par le Rapporteur spécial

Résumé

À sa neuvième session, l'Instance permanente a décidé de nommer Rapporteur spécial l'un de ses membres, Bartolomé Clavero Salvador, et de le charger de réaliser et de lui présenter à sa dixième session une étude sur le droit pénal international et la défense judiciaire des droits des peuples autochtones.

* Nouveau tirage pour raisons techniques (28 février 2011).

** E/C.19/2011/1.



I. Introduction

1. Lors de sa neuvième session, en 2010, l'Instance permanente sur les questions autochtones a décidé de nommer Rapporteur spécial un de ses membres, Bartolomé Clavero, et de lui confier la réalisation d'une étude sur « le droit pénal international et la défense judiciaire des droits des peuples autochtones »¹. La Déclaration sur les droits des peuples autochtones établit que « les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide [...] » (art. 7, par. 2). Cette mention spéciale du génocide contre les peuples autochtones a été nécessaire car, en tant que tels, les peuples autochtones se sont vus privés de la protection pénale internationale de leurs droits même les plus fondamentaux. La finalité de cette étude est d'évaluer l'application de ladite disposition.

2. Le corpus normatif de l'actuel droit pénal international a été mis en place à la fin de 1948 par une norme presque strictement contemporaine de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. On peut dire que cette déclaration et cette convention constituent les normes fondatrices du droit international des droits de l'homme que l'Organisation des Nations Unies reconnaît et défend depuis sa fondation. Cependant, la Déclaration et la Convention ne sont pas des normes qui se complètent car elles ne s'appliquent pas à la même catégorie de droits. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide n'envisage pas de recours pénal international en cas de violation des droits énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme mais seulement, de façon implicite, pour un autre droit de caractère collectif, le droit à l'existence, et aussi pour toute atteinte à la dignité de tout « groupe national, ethnique, racial ou religieux ». La défense pénale nécessaire des droits de l'homme proclamés par la Déclaration, fondée sur la définition d'infractions spécifiques et l'institution de recours judiciaires, demeurerait l'apanage des États.

3. Comme indiqué ci-dessus, la présente étude sur « le droit pénal international et la défense judiciaire des droits des peuples autochtones » a pour but d'analyser le caractère novateur du crime de génocide dirigé contre les peuples autochtones à la lumière de la Déclaration sur les droits des populations autochtones et tend à recenser les obstacles qui, jusqu'à présent, ont entravé cette protection pénale internationale ainsi que les possibilités que la Déclaration a ouvertes à cet égard. Il importe par conséquent de faire un retour en arrière pour pouvoir esquisser l'avenir.

II. La Convention relative au génocide et les peuples autochtones

4. Un peuple autochtone est habituellement qualifié comme étant un groupe national, ethnique ou racial, voire, le cas échéant, religieux, de sorte que son droit à vivre dans la dignité aurait dû être reconnu au plan international depuis qu'a été adoptée la Convention sur le génocide. Or tel n'a pas été le cas. Il convient par conséquent de commencer par analyser les raisons de cette exclusion.

¹ E/C.19/2010/15, par. 144.

5. Le projet de Convention sur le génocide présenté par le Secrétaire général de l'ONU, en revanche, englobait les peuples autochtones et envisageait les cas d'atteinte à la culture de groupes qui, objectivement, reflétaient la politique habituellement suivie par les États à l'égard de ces peuples. Le Brésil, appuyé par l'Afrique du Sud, le Canada et la Nouvelle-Zélande, s'est opposé à cette inclusion, faisant valoir qu'elle permettrait aux « minorités » de faire obstacle aux politiques indispensables à l'édification des États et à l'égalité des citoyens. Les États des Amériques, ainsi que les États d'Europe qui étaient encore des puissances coloniales, comme la Belgique, la France et le Royaume-Uni, ont eux aussi appuyé la position du Brésil et ont demandé que soit incluse dans le projet de convention une clause coloniale ou clause d'habilitation qui habilitait la métropole à décider s'il convenait ou non d'en appliquer les dispositions aux colonies ou de ne les appliquer qu'avec modifications. Finalement, ce qui par la suite en est venu à être considéré comme une catégorie distincte de génocide, le génocide culturel, a fini par disparaître totalement du texte du projet².

6. Le génocide culturel ou, d'une façon plus générale, le génocide commis autrement que par le sang est un concept qui n'est resté reflété dans la Convention que pour les cas extrêmement graves d'application de telles politiques d'homogénéisation : « atteinte grave à l'intégrité physique [...] ou mentale des membres du groupe », « transfert forcé d'enfants d'un groupe dans un autre, etc. ». En tout état de cause, le génocide sans autre précision a été qualifié non seulement comme étant un « meurtre de membres du groupe » commis « dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux », mais aussi comme englobant des cas non violents de destruction délibérée, en tout ou en partie, d'un groupe qui pourrait constituer un peuple autochtone, selon la définition figurant à l'article 2 de la Convention³. Le Brésil s'est néanmoins fait l'écho de ce qui était alors l'idée généralement admise au sein de l'Organisation des Nations Unies, à savoir qu'un peuple autochtone était une minorité destinée à se fondre au reste de la population de l'État et ainsi vouée à disparaître en tant que telle. Selon cette interprétation, seule la destruction physique délibérée, en tout ou en partie, d'un peuple autochtone pouvait constituer un cas de génocide.

7. S'agissant des autochtones, il a été retenu cette interprétation extrêmement restrictive du génocide, tout au moins en théorie, mais elle n'a pas été appliquée dans la pratique. Les difficultés d'application de la Convention sont apparues dès son entrée en vigueur, au début de 1951. Ainsi, par exemple, une association militant en faveur de la reconnaissance des droits civils a immédiatement, sans que cela évoque une réaction quelconque de l'Organisation des Nations Unies, évoqué le cas de la destruction partielle et délibérée du groupe des Afro-Américains aux États-

² William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2000, p. 184 et 185, avec un autre point de vue; Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 2070 et 2071.

³ Cet article se lit comme suit : « Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) meurtre de membres du groupe; b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. »

Unis⁴. Entre autres problèmes, les États-Unis n'avaient pas encore ratifié la Convention du fait d'obstacles liés, par exemple, à l'impunité des récents crimes raciaux commis contre des Afro-Américains⁵, et, aux termes de la Convention, seuls les États étaient habilités à intenter des actions fondées sur le génocide contre d'autres États devant l'Organisation des Nations Unies ou en particulier la Cour internationale de Justice, qui était selon la Convention (art. 8 et 9) la juridiction internationale compétente en la matière.

8. Dans le contexte du colonialisme avoué qui persistait encore, la Convention n'était pas directement applicable à la protection des peuples autochtones affectés mais seulement, par suite de la clause coloniale susmentionnée, au territoire métropolitain des États l'ayant ratifiée. Les États devaient adresser ultérieurement une communication au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies pour que la Convention s'applique « à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires » dont ils dirigeaient les relations extérieures (art. 12), ce qui, par euphémisme, désignait les colonies. La Convention sur le génocide a été adoptée dans le contexte d'un droit des traités qui excluait les colonies des engagements internationaux assumés par les États, à tel point qu'il a fallu insérer une disposition expresse en sens contraire dans la Déclaration des droits de l'homme (art. 2, par. 2)⁶.

9. Cette exclusion extrêmement significative des colonies du champ d'application de la Convention sur le génocide ne touchait pas les peuples autochtones vivant à l'intérieur des frontières de l'État mais, par contamination, l'inapplicabilité de la Convention aux questions pouvant intéresser tous les peuples autochtones s'est sans doute trouvée renforcée. D'autres éléments ont sans doute pu intervenir aussi. Dès lors que s'était imposée l'interprétation défendue par le Brésil et vu que le droit international excluait les peuples autochtones, même les cas de destruction physique partielle délibérée de ces peuples n'étaient plus considérés comme un génocide dans les milieux de l'Organisation des Nations Unies, outre qu'aucun État n'était disposé à les soumettre à la Cour internationale de Justice⁷. Quoi qu'il en soit, les difficultés de procédure n'étaient pas ni ne sont le seul problème. Depuis l'ère coloniale, et

⁴ Civil Rights Congress, *We Charge Genocide: The Historic Petition to the United Nations for Relief for a Crime of the United States Government against the Negro People* (1951), International Publishers, 1970.

⁵ Lawrence J. LeBlanc, *The United States and the Genocide Convention*, Duke University Press, 1991.

⁶ Cet article se lit comme suit : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté. »

⁷ Pour le cas le plus notoire, voir Alejandro Parellada et Maria de Lourdes Beldi (éd.), *Los Aché de Paraguay: Discusión de un Genocidio*, Groupe de travail international pour les affaires autochtones, 2008.

encore aujourd'hui, tout au moins dans les Amériques, le génocide dont sont victimes les peuples autochtones demeure littéralement invisible⁸.

10. Devant l'inefficacité notoire de la définition internationale du génocide s'agissant de protéger les peuples autochtones, il est né d'autres concepts qui pouvaient condamner les politiques visant à faire disparaître ces peuples en tant que tels. C'est ainsi que, depuis les années 70, a commencé à se répandre le concept d'ethnocide, cette expression devant être entendue comme englobant le génocide culturel, l'expression génocide visant uniquement la disparition physique du groupe. Or cela n'a fait que donner naissance à un problème nouveau sans en résoudre aucun. L'ethnocide n'est pas un concept qui puisse constituer un fondement pour la défense judiciaire internationale des peuples autochtones. Le génocide, notion qui offre effectivement une telle possibilité, a en droit international, conformément à la Convention, un sens plus large que la seule extermination physique, concept qui, par opposition à celui d'ethnocide, vient à se perdre⁹.

11. L'on peut en dire autant de propositions ultérieures, comme la proposition formulée tout récemment encore, précisément dans le désir de revenir à la classification internationale du génocide pour défendre les peuples autochtones, concernant le concept spécifique d'indigénocide, qu'il y a lieu d'ajouter à tous ceux qui sont tout à fait inopérants en droit pénal international¹⁰. Aux fins du droit, et plus concrètement aux fins de la défense pénale internationale des peuples autochtones, l'important n'est pas qu'il existe toute une série de catégories identifiant et classant les différentes formes d'agression dirigées contre un groupe national, ethnique, racial ou religieux, mais plutôt de savoir si ces différentes formes d'agression constituent des délits réprimés par le droit international pour pouvoir saisir la justice pour défendre le groupe affecté.

12. La pratique récente consistant à qualifier de nettoyage ethnique des politiques pouvant constituer un génocide au regard de la définition du droit international a été un moyen d'éluder les responsabilités, voire de protéger l'impunité. Le nettoyage ethnique peut être un qualificatif extrêmement expressif à des fins journalistiques et même scientifiques, mais est un très mauvais syntagme, car inopérant, dans le domaine du droit¹¹. L'on peut en dire autant de l'ethnocide et du génocide culturel en tant qu'expressions totalement différenciées du génocide tel que qualifié en droit pénal. Il n'est pas rare que l'une de ces expressions, ou les deux, soient employées

⁸ B. Clavero, *Genocidio y Justicia: La Destrucción de las Indias Ayer y Hoy*, Marcial Pons, 2002; Elazar Barkan, « Genocides of indigenous peoples », in Robert Gellately et Ben Kiernan (éd.), *The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 117 à 139; Ward Churchill, *Kill the Indian, Save the Man: The Genocidal Impact of American Indian Residential Schools*, City Lights, 2004, particulièrement en ce qui concerne la catégorie du génocide, p. 3 à 12.

⁹ Robert Jaulin, *La paix blanche. Introduction à l'ethnocide*, Seuil, 1970, et *Le livre blanc de l'ethnocide en Amérique*, Fayard, 1972.

¹⁰ Raymond Evans, « Crime without a name: colonialism and the case for "indigenocide" », in A. Dirk Moses (éd.), *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation and Subaltern Resistance in World History*, Berghahn Books, 2008, p. 133 à 147.

¹¹ Benjamin Lieberman, « Ethnic cleansing' versus genocide? », in Donald Bloxham et A. D. Moses (éd.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford University Press, 2010, p. 42 à 60.

pour échapper aux effets juridiques de l'utilisation du mot génocide, même face à l'évidence¹².

13. Dans le contexte des processus menés à l'Organisation des Nations Unies pour reconnaître l'existence et la dignité des peuples autochtones ainsi que pour développer le droit pénal international sur la base de la Convention sur le génocide, l'on a adopté le concept d'ethnocide, interprété comme désignant le génocide culturel, c'est-à-dire une forme de génocide qui se trouve exclue du concept de génocide sans autre précision, c'est-à-dire du génocide tel que qualifié par le droit international, sans exclure les formes les plus graves de génocide culturel¹³. Le Statut de la Cour pénale internationale, qui non seulement a créé cette cour mais encore a développé le droit pénal international, n'a pas suivi la solution consistant à ajouter de nouvelles formes de génocide à la définition figurant dans la Convention. Les auteurs du Statut ont adopté une autre approche, qui ne va pas non plus sans problèmes.

III. Le Statut de la Cour pénale internationale et les peuples autochtones

14. Le Statut de la Cour pénale internationale, entré en vigueur en 2002, a repris littéralement, en ce qui concerne le génocide, la qualification figurant dans la Convention, sans la revoir ni l'actualiser de quelque manière que ce soit. L'article 6 du Statut reprend mot pour mot l'article 2 de la Convention, sauf évidemment pour ce qui est de la référence initiale, l'expression « aux fins de la présente Convention » étant remplacée par « aux fins du présent Statut ». L'occasion offerte par l'élaboration du Statut n'a pas été saisie pour réintégrer la qualification pénale du génocide pour les cas initialement envisagés dans le projet qui n'avaient pas été reflétés dans le texte définitif de la Convention, ni pour mieux identifier les groupes protégés, comme les peuples autochtones, ou les droits garantis, comme le droit à une existence propre en tant que peuples, le droit à une culture propre ou le droit à un territoire propre et aux ressources qu'il contient. Néanmoins, le nouveau contexte statutaire et juridictionnel du crime de génocide ancienne formule présente des nouveautés qui pourraient affecter la protection internationale des peuples autochtones et de leurs droits.

15. En tout premier lieu, le crime de génocide cesse, aux fins juridictionnelles pratiques, d'être dans l'ordre international une affaire intéressant exclusivement les États, que seuls les États peuvent officiellement dénoncer et dont seuls les États peuvent être pénalement responsables. La Convention elle-même envisageait déjà la possibilité d'une responsabilité individuelle, mais confiait aux États la compétence exclusive de l'invoquer. Aux termes de la Convention, peuvent en effet être inculpés de génocide les « dirigeants, fonctionnaires ou particuliers », soit « devant un

¹² B. Clavero, *Genocide or Ethnocide: How to Make, Unmake and Remake Law with Words, 1933-2007*, Giuffrè Editore, 2008, particulièrement le chapitre VIII.4, « Behind chutzpah: indigenous peoples and practical denial ».

¹³ José Martínez Cobo, « Étude du problème de la discrimination contre les populations autochtones » (E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.3), par. 136; Benjamin Whitaker, « Rapport révisé et actualisé sur la question de la prévention du crime de génocide » (E/CN.4/Sub.2/1985/6), Part II, sect. B.3; Erica Irene A. Daes, « Étude sur la protection de la propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones » (E/CN.4/Sub.2/1993/28), par. 3.

tribunal compétent de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis », soit « devant la cour pénale internationale compétente vis-à-vis des parties contractantes qui ont reconnu sa juridiction », autrement dit, les gouvernants des États devant la Cour internationale de Justice. Il a fallu attendre plus d'un demi-siècle pour que soit créée une Cour pénale internationale habilitée à juger des individus. Étant donné la difficulté extrême d'apporter la preuve de la responsabilité pénale des plus hautes instances de l'État devant la Cour internationale de Justice, surtout, pour les motifs indiqués ci-dessus, dans le cas des peuples autochtones, l'on ne peut que se réjouir de ce que des individus en tant que tels, y compris les gouvernants et les agents publics, puissent être inculpés devant la Cour pénale internationale de crimes réprimés au plan international.

16. En vertu du Statut de la Cour pénale internationale, ce ne sont plus seulement les actes de génocide qui sont réprimés au plan international, mais aussi, selon le premier alinéa de l'article 7 du Statut, des crimes contre l'humanité¹⁴ comme le meurtre sélectif ou la disparition forcée, par exemple, de dirigeants autochtones; le déplacement forcé de populations autochtones et les autres mesures visant à les priver de leurs territoires ou de leurs ressources; la détention ou l'internement collectif; le déni du droit de participation en tant que peuples; les politiques ou mesures inhumaines causant à ces peuples des souffrances n'allant pas jusqu'à des dommages physiques ou mentaux permanents, y compris les agressions sexuelles, etc. En résumé, l'on peut dire que toute forme d'« attaque généralisée ou systématique » lancée contre une population autochtone, sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, peut constituer un crime contre l'humanité et, en tant que tel, être poursuivi devant la Cour pénale internationale sans que soit aujourd'hui nécessaire une plainte officielle.

17. Il s'agit là d'une très grande nouveauté. À la différence de la Cour internationale de Justice, la Cour pénale internationale est dotée d'un procureur qui peut agir d'office : « Le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu des renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour. Le Procureur vérifie le sérieux des renseignements reçus. À cette fin, il peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour » (par. 1 et 2 de l'article 15 du Statut). Aux fins des poursuites des crimes réprimés au plan international, la Cour pénale peut faire preuve d'un dynamisme auquel sont loin

¹⁴ Cet article se lit comme suit : « Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : a) meurtre; b) extermination; c) réduction en esclavage; d) déportation ou transfert forcé de population; e) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international; f) torture; g) viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable; h) persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour; i) disparitions forcées de personnes; j) crime d'apartheid; k) autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale. »

d'être comparables les possibilités très limitées qui s'offrent à la Cour internationale de Justice.

18. Les États ayant ratifié le Statut de la Cour, les États ayant accepté sa compétence concernant la question dont il s'agit et n'ayant pas eux-mêmes entamé les enquêtes et les poursuites correspondantes, les groupes autochtones ou les organisations de défense des droits de l'homme peuvent communiquer directement au Procureur des informations faisant apparaître des indices ou des preuves de génocide ou de crimes contre l'humanité afin qu'il ouvre une enquête. Il va de soi que les informations ainsi communiquées peuvent contenir des indications touchant les personnes présumées coupables, qu'il s'agisse d'individus ou, pour reprendre les termes de la Convention sur le génocide, « des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers », tous considérés dans leur individualité pour mieux cibler la responsabilité pénale, ou bien se borner à exposer les faits, laissant au Procureur lui-même le soin d'identifier les suspects. En outre, il peut s'agir d'actes constitutifs non seulement de génocide mais aussi de crimes contre l'humanité, c'est-à-dire de crimes dont la qualification même paraît décrire les politiques et les mesures dont, encore aujourd'hui, les peuples autochtones font fréquemment l'objet partout dans le monde.

19. Il est généralement considéré que les crimes contre l'humanité, comme le génocide lui-même, faisaient déjà partie du droit international coutumier qui tendait déjà à les prévenir et à les poursuivre avant la création de la Cour pénale internationale¹⁵. Même si tel était le cas, cela n'aurait nullement permis de protéger les peuples autochtones et leurs droits fondamentaux en tant que tels. En outre, l'application partielle d'un droit pénal international coutumier après la Seconde Guerre mondiale, avant l'adoption de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, a démontré à quel point la coutume était insuffisante en matière pénale et qu'elle n'offrait aucune garantie d'égalité à cet égard. Maintenant qu'il existe un droit pénal international statuaire qui englobe des crimes autres que le génocide et qui a mis en place une juridiction correspondante, il n'est pas possible de justifier ni d'expliquer que les peuples autochtones n'aient pas, dans la pratique, la possibilité de voir pénalement protégés au plan international leurs droits fondamentaux en tant que peuples.

IV. La Déclaration sur les droits des peuples autochtones et les crimes internationaux

20. Le projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones élaboré par le Groupe de travail sur les populations autochtones qui a été soumis à la Commission des droits de l'homme en 1994 contenait l'allusion au génocide dont il est question plus haut (« les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ») ainsi qu'un autre passage qui n'a pas été retenu dans la version définitive de 2007 : « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, de ne pas être soumis à l'ethnocide ni au génocide culturel ». Cette suppression a été l'une des quelques modifications apportées au texte de la

¹⁵ M. Cherif Bassiouni (éd.), *International Criminal Law*, vol. I, *Sources, Subjects and Contents*, Martinus Nijhoff, 2008.

Déclaration adopté par l'Assemblée générale par rapport à la version soumise par le Groupe de travail¹⁶ et c'est précisément celle qui nous intéresse. Qu'est-ce que l'élimination de la deuxième mention a réellement supprimé? Quel sont le sens et la portée de la première et désormais seule mention du génocide dans le contexte de l'actuel droit pénal international en général et de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones elle-même en particulier?

21. La mention finalement supprimée avait un objectif évident. Dans le contexte de la Convention sur le génocide et de ses limitations, il s'agissait d'englober dans la qualification du génocide les actes commis par le biais de politiques portant directement atteinte aux cultures autochtones. Dans le contexte du Statut de la Cour pénale internationale, il s'agissait d'englober, bien qu'en d'autres termes, les crimes contre l'humanité ne répondant pas à la définition du génocide. En fait, l'on aurait pu remplacer les expressions « ethnocide » et « génocide culturel », non reconnues par le droit pénal international, par l'expression « crimes contre l'humanité » figurant dans le Statut de la Cour pénale internationale, mais ces expressions ont été supprimées sans être aucunement remplacées, dans l'intention apparente d'affaiblir la protection pénale internationale des peuples autochtones et de leurs droits en tant que peuples. La question se pose par conséquent de savoir si cette fin a été atteinte.

22. Le Statut de la Cour pénale internationale a conservé les dispositions de la Convention sur le génocide à toutes les fins visées par celle-ci, y compris pour ce qui est de l'identification des sujets dont l'existence et la dignité doivent être protégées, à savoir tout « groupe national, ethnique, racial ou religieux », alors même que le qualificatif de groupe n'est pas retenu en tant que sujet collectif dans le droit international relatif aux droits de l'homme. La Déclaration sur les droits des peuples autochtones apporte une correction sur ce point. Un peuple autochtone constitue un sujet collectif dont les droits fondamentaux doivent être internationalement protégés, y compris par le biais du droit pénal international. La Cour pénale internationale, en commençant par le Procureur, doit prendre spécialement en considération cette identification aux fins de la protection pénale de l'existence et de la dignité des peuples autochtones en tant que tels, conformément à la Déclaration qui énonce leurs droits.

23. Les droits qui doivent être protégés, y compris par la voie pénale, sont reflétés dans la Déclaration elle-même. Ils n'ont pas disparu du seul fait qu'a été éliminée la référence à l'ethnocide et au génocide culturel que doit englober cette protection. Ainsi, il ne s'agit pas seulement du « droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts », à propos duquel est mentionné le génocide (par. 2 de l'article 7), mais aussi du droit énoncé immédiatement après, là où figurait la mention de l'ethnocide et du génocide culturel, à savoir « le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture » (par. 1 de l'article 8). Bien que l'on puisse faire valoir que ce droit ne relève pas de la qualification elle-même, il est protégé, en tout état de cause, par l'adjonction des crimes contre l'humanité. Quoi qu'il en soit, l'interprétation croisée qui s'impose de

¹⁶ Asbjørn Eide, « The indigenous peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » et E.I.A. Daes, « The contribution of the Working Group on Indigenous Populations to the genesis and evolution of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », in Claire Charters et Rodolfo Stavenhagen (éd.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Groupe de travail international pour les affaires autochtones, 2009, p. 32 à 46 et 48 à 76.

la Déclaration sur les droits des peuples autochtones et du Statut de la Cour pénale internationale conduit à conclure que les droits énoncés dans la Déclaration en ce qui concerne la protection de l'existence et de la dignité des peuples autochtones en tant que peuples doivent jouir également de la protection spécifique du droit pénal international, et par conséquent de la Cour pénale internationale.

24. Aucune norme ne doit être interprétée de façon isolée par rapport à l'ordonnancement auquel elle appartient ou auquel elle vient s'incorporer, ce qu'il importe de souligner pour tout ce qui concerne la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, instrument qui relève du droit international relatif aux droits de l'homme. Les normes déclaratives ou conventionnelles concernant les droits de l'homme ne contiennent habituellement aucune référence à leur protection dans le domaine pénal. La mention même du génocide dans la Déclaration sur les droits des peuples autochtones constitue une exception à l'usage, exception qui n'affecte aucunement la protection pénale desdits droits. Cette question relève du Statut de la Cour pénale internationale, selon lequel, d'après la Déclaration, l'on ne peut en aucune manière tolérer l'exclusion ou la réduction de la protection pénale internationale des droits fondamentaux des peuples autochtones face à des politiques ou à des actes qui pourraient constituer un génocide ou un crime contre l'humanité.

25. L'article 42 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones se lit comme suit : « L'Organisation des Nations Unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les États favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité ». Cet article lie toutes les instances internationales relevant du système des Nations Unies¹⁷. La Cour pénale internationale ne peut pas se dégager de ce lien et affaiblir ou renvoyer l'indispensable protection pénale internationale dont doivent jouir les droits fondamentaux des peuples autochtones en tant que tels.

26. Par ailleurs, étant donné la valeur normative que l'article 42 confère à la Déclaration et étant donné les directives et principes fondamentaux concernant les droits des victimes de violations manifestes des normes internationales relatives aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire d'interjeter recours et d'obtenir réparation qui ont été approuvés par l'Assemblée générale en 2005, l'Organisation des Nations Unies a l'obligation de créer des instances ou de mettre en place des mécanismes permettant d'obtenir réparation des graves violations des droits de l'homme dont ont été victimes les peuples autochtones avant le développement du droit pénal international conventionnel et statutaire¹⁸.

¹⁷ E/C.19/2009/14, annexe.

¹⁸ Federico Lenzerini (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2008, dans le contexte aussi bien de la Déclaration que des principes; Walter R. Echo-Hawk, *In the Courts of the Conqueror: The 10 Worst Indian Law Cases Ever Decided*, Fulcrum, 2010, et particulièrement le chapitre 14, « Was genocide legal? »

Conclusions

27. La Déclaration sur les droits des peuples autochtones et le Statut de la Cour pénale internationale ont ouvert d'importantes possibilités de défense pénale des droits des peuples autochtones au plan international. Il s'agit de possibilités qui n'ont pas encore été utilisées, essentiellement en raison de la persistance de la conception du droit pénal international qui s'est imposée par le passé, en particulier sous le régime de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, selon laquelle les peuples autochtones ne sont pas reconnus en tant que tels aux fins de la protection pénale. En théorie, ils jouissaient de cette protection depuis l'entrée en vigueur de la Convention sur le génocide. Dans la pratique, cette protection ne s'est pas avérée possible. D'où la nécessité pour la Déclaration de faire référence au droit des peuples autochtones de n'être soumis à « aucun acte de génocide ».

28. La Déclaration sur les droits des peuples autochtones doit ouvrir la voie à une conception nouvelle selon laquelle les droits fondamentaux à l'existence et à la dignité des peuples autochtones peuvent et doivent être protégés contre les politiques et les actes, encore courants aujourd'hui, de tous types d'agents, et pas seulement des États, qui constituent essentiellement un crime de génocide et des crimes contre l'humanité. Face à ces crimes dont continuent d'être victimes les peuples autochtones, c'est la Cour pénale internationale qui a compétence à l'égard des États qui sont parties au Statut. Le Procureur de la Cour devra même agir de sa propre initiative dans les cas les plus notoires.

29. Quoi qu'il en soit, et en particulier pour les cas qui échappent à la compétence de la Cour pénale internationale, l'Organisation des Nations Unies est tenue, conformément à l'article 42 de la Déclaration, de mettre en place des mécanismes permettant d'intenter un recours et d'obtenir réparation des graves violations des droits des peuples autochtones pouvant être commises.